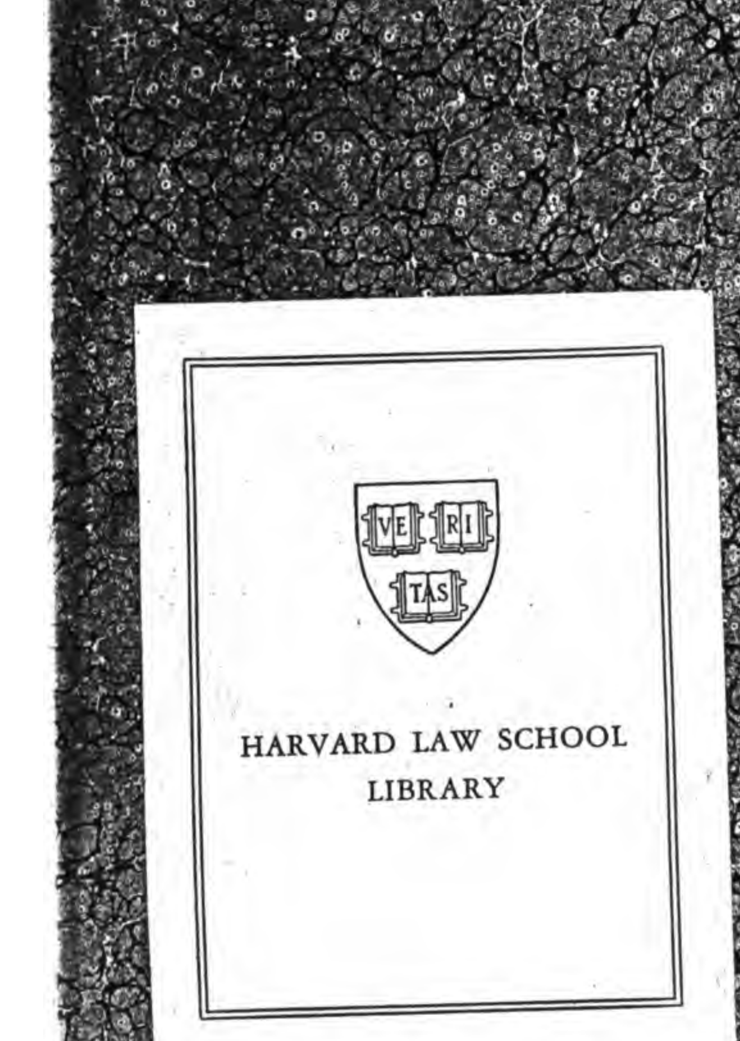

VE
RI
TAS
HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

EXPLICATION

DES TIT. XVIII ET XIX, LIV. III

DU CODE NAPOLÉON

PARIS. — TYPOGRAPHIE DE J. BEST,
Rue Saint-Maur-Saint-Germain, 15.

EXPLICATION

DES TIT. XVIII ET XIX, LIV. III

DU CODE NAPOLÉON

CONTENANT

L'ANALYSE CRITIQUE DES AUTEURS ET DE LA JURISPRUDENCE

OU

COMMENTAIRE-TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE

DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES

ET

DE L'EXPROPRIATION FORCÉE

MIS EN RAPPORT

AVEC LA LOI SUR LA TRANSCRIPTION

PAR PAUL PONT

CONSEILLER A LA COUR IMPÉRIALE DE PARIS

CONTINUATEUR DE V. MARCADÉ.

La science du droit consiste autant dans la réfutation des faux principes que dans la connaissance des véritables.

Répertoire de MERLIN, v° *Novation.*

TOME PREMIER

PARIS

COTILLON, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT

ÉDITEUR DE LA REVUE CRITIQUE DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE, ETC.

Rue Soufflot, 23, près du Panthéon.

1859

Lorsque, il y a près de deux ans, j'acceptai de Marcadé mourant le mandat de continuer l'œuvre par lui entreprise en 1841 et qu'après treize ans de soins et de travaux il laissait cependant inachevée, je ne me dissimulai ni les périls ni les difficultés de la tâche; et, tout honoré que je fusse d'un choix par lequel Marcadé associait une fois de plus à son nom celui d'un collaborateur et d'un ami, je ne manquai pas d'entrevoir les soucis et les graves préoccupations qui allaient m'accompagner dans l'accomplissement de ma trop difficile mission. Pouvais-je ne pas comprendre qu'on ne met pas impunément la main à un livre comme celui-ci, à une œuvre dont le succès mérité a été éclatant, à un travail qui, par ses données autant que par ses allures, est, plus qu'aucun autre peut-être, marqué au cachet tout individuel de l'auteur?... Le lecteur aussi sait tout cela; je n'ai donc pas à y insister.

Mais je lui dois, je dois à Marcadé et je me dois à moi-même, de dire quelques mots sur la part que je prends à ce livre et sur l'ordre que j'ai suivi.

La mort a frappé Marcadé quand il venait d'achever son *Commentaire-Traité de la Prescription*. Et déjà, soit par impatience d'arriver au bout de la carrière et comme pour se faire illusion sur le chemin qui lui restait à parcourir, soit par désir de se prendre avec un sujet dont l'importance même et les difficultés tentaient sa haute intelligence, il avait rompu avec l'ordre du Code et était allé de plein saut au dernier titre, laissant momentanément de côté, pour y revenir plus tard, tout ce qui, dans le Code, sépare le *Contrat de Louage* du titre *De la Prescription*.

Dans cet état de la publication, j'aurais pu et peut-être aurais-je dû reprendre le commentaire au point où il se trouve interrompu, et ainsi commenter d'abord le titre *Du Contrat de Société*, puis toute la matière qu'on désigne communément sous la dénomination de *Petits contrats*, avant d'aborder les titres *Des Hypothèques* et *De l'Expropriation forcée.*

Cependant j'ai eu deux raisons pour suivre un ordre différent.

D'abord, les priviléges et hypothèques et la prescription devaient, dans la pensée de Marcadé, former les deux parties de son dernier volume; et l'une de ces deux parties étant publiée, il était naturel de s'occuper avant tout de l'autre, afin de rendre le volume complet.

Ensuite, cet ordre est celui que Marcadé se proposait de suivre. Il s'était mis, en effet, à étudier le titre *Des Priviléges et Hypothèques* immédiatement après avoir achevé celui *De la Prescription.* J'avais pensé même, d'après quelques indications qui malheureusement ne se sont pas vérifiées, que, du moins en cette partie de ma continuation, tout se bornerait pour moi à la révision d'un manuscrit à peu près terminé, à l'annotation de quelques arrêts nouveaux, et à l'explication de la loi récente sur *la Transcription,* dont la promulgation a suivi, à plusieurs mois de distance, la mort de Marcadé; et j'avais compris qu'il y avait intérêt pour le public à recevoir tout d'abord, et sous peu de temps, la dernière œuvre de Marcadé, et avantage pour moi à entrer en matière par un travail de simple révision qui me servirait en quelque sorte de transition et me préparerait à mon rôle de continuateur.

Comment se fait-il, cependant, que le *Commentaire-Traité des Priviléges et Hypothèques* ne soit publié que quand près de deux années se sont écoulées depuis la mort de Marcadé? C'est que, des deux raisons que je viens d'indiquer, la première seule subsiste. Comme je l'ai dit, les indications qui m'avaient fait croire à l'existence d'un manuscrit sur les hypothèques laissé par Marcadé ne se sont pas vérifiées. L'auteur de l'*Explication théorique et pratique du Code Napoléon* s'était occupé de la matière, sans aucun doute; il l'avait étudiée, il l'étudiait encore quand il a été surpris par la mort; mais il n'avait rien écrit, et, toutes recherches faites dans les papiers qu'il a laissés, il n'a été trouvé, sur les matières du droit, rien que quelques annotations d'arrêts préparées pour le *Journal du Palais.* Ainsi, son travail s'était borné à cette étude d'ensemble dans laquelle il avait coutume de s'absorber avant d'écrire, pour combiner et coor-

donner, dans sa pensée, les divers éléments de son œuvre; étude qui lui eût été éminemment profitable, mais dont sa mort nous a enlevé tout le fruit.

La partie de ma continuation que je livre aujourd'hui au public n'est donc point ce travail de simple révision dans lequel j'avais cru d'abord avoir à me renfermer, c'est un travail qui m'est tout personnel, comme le sera en son entier celui que je ferai sur les diverses parties du Code dont le commentaire n'a pas été donné par Marcadé : ceci est mon excuse pour le retard que j'ai mis à le publier, ce sera ma justification.

Du reste, cette déclaration, que je fais uniquement pour que mon insuffisance et mes erreurs ne pèsent pas sur Marcadé, était tout à fait surabondante, j'en suis assuré. Le lecteur attentif ne s'y serait pas trompé. Sans parler du fond, qui eût tant gagné à la science de Marcadé et à sa méthode puissante, il y a deux choses ici, la forme et la composition, qui rendent toute méprise impossible.

Quant à la forme, le lecteur connaît de longue date celle du logicien rigoureux si prématurément enlevé à la science; il en a suivi les travaux et il en sait les allures très-vives. Il ne les retrouvera pas dans le *Commentaire-Traité des Priviléges et Hypothèques*. Et je ne crois pas avoir à m'en excuser. On a tant vu d'écrivains qui, pour copier un maître, n'ont réussi qu'à en prendre les défauts et à les exagérer, qu'on me pardonnera, j'y compte, tous les efforts que j'ai pu faire pour éviter les dangers de l'imitation.

Quant à la composition, le lecteur connaît aussi le système de Marcadé; il sait que le point essentiel pour lui était « de montrer un principe sous toutes ses faces, de le préciser dans tous ses caractères, de l'analyser dans sa physionomie, pour qu'on le reconnût partout et toujours, dans quelque circonstance et sous quelque forme qu'on pût le rencontrer, » et que, après avoir ainsi montré, précisé et analysé le principe, il ne prenait des détails que les parties saillantes et controversées, laissant à son lecteur la solution des autres points. Je suis allé plus loin. En m'attachant aussi aux principes, je les ai suivis dans toutes les applications que j'ai pu entrevoir. Je suis arrivé ainsi à des développements inusités dans l'œuvre de Marcadé. Puissé-je obtenir qu'on m'en tienne compte à titre de compensation!

Mais après ces différences, les deux parties du livre se ressembleront du moins sous un rapport : l'indépendance des opinions juridiques. Marcadé l'a poussée aussi loin que possible; et, sauf l'énergie

et souvent le trop de rigueur de la forme, j'ai voulu l'imiter en ce point. Cela m'a conduit quelquefois à le combattre lui-même sur son domaine. Il me le pardonnerait, car je me suis inspiré en cela de ses propres leçons. Lui-même il a réfuté parfois ses doctrines : par là il m'a fait pressentir qu'en me confiant le soin de continuer son œuvre, il m'a laissé libre de ma pensée et n'a pas entendu que je l'asservisse à la sienne.

PAUL PONT.

Avril 1856.

EXPLICATION
DU CODE NAPOLÉON.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE XVIII.

DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

(Décrété le 19 mars 1804. — Promulgué le 20.)

1. Nous arrivons à la dernière des sûretés, soit *personnelles*, soit *réelles*, organisées par le Code en vue de l'exécution des obligations ou engagements. Après avoir posé, dans les titres XIV et XVI, les principes relatifs au *Cautionnement* et à la *Contrainte par corps*, qui sont des sûretés *personnelles*, le Code commence, dans le titre XVII, par le *Gage* et puis par l'*Antichrèse* (mais la réalité du droit est contestée quant à celle-ci, voy. *infrà*, n° 21), la théorie des sûretés *réelles*, pour la continuer dans notre titre des *Priviléges et Hypothèques*, qui organise, de toutes les sûretés, la plus sérieuse et la plus solide comme la plus énergique. — Ce titre est divisé en dix chapitres, qui traitent, le premier, des dispositions générales; le deuxième, des priviléges; le troisième, des hypothèques; le quatrième, du mode de l'inscription des priviléges et hypothèques; le cinquième, de la radiation et réduction des inscriptions; le sixième, de l'effet des priviléges et hypothèques contre les tiers détenteurs; le septième, de l'extinction des priviléges et hypothèques; le huitième, du mode de purger les propriétés des priviléges et hypothèques; le neuvième, du mode de purger les hypothèques, quand il n'existe pas d'inscription sur les biens des maris et des tuteurs; le dixième et dernier, de la publicité des registres et de la responsabilité des conservateurs.

Ces divers points embrassent une série de 112 articles. Pourtant, les 112 articles ne constituent pas à eux seuls notre régime hypothécaire; la matière est complétée ou modifiée par des textes, en grand nombre, placés soit dans d'autres parties du Code Napoléon, soit dans le Code

de procédure, soit dans le Code de commerce, soit enfin dans des lois spéciales, auxquelles vient de s'ajouter la loi récente sur la Transcription, promulguée le 23 janvier 1855 et déclarée exécutoire seulement à partir du 1[er] janvier 1856.

Nous aurons à tenir compte de ces divers éléments dans notre Commentaire-Traité du titre XVIII.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

2092. — Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.

SOMMAIRE.

I. L'adage *qui s'oblige oblige le sien*, que consacre notre article, a pour base l'intérêt même de la société; il est emprunté à la loi naturelle, et il est de tous les temps et de tous les lieux. — Opinion contraire de Toullier.

II. Mais notre article en dit trop à la fois et n'en dit pas assez. D'un côté, ce ne sont pas tous les biens du débiteur qui sont le gage des créanciers; il y a des exceptions : renvoi. — D'un autre côté, ce n'est pas seulement quand le débiteur *s'est* obligé qu'il est tenu sur ses biens; il suffit qu'il *soit* obligé.

III. Le droit de gage général consacré par notre article a son principe dans l'obligation personnelle et directe du débiteur. — Ce droit n'existe pas toutes les fois que l'obligé n'est débiteur qu'indirectement et à raison d'une chose dont il est détenteur.

IV. Les choses que la loi déclare inaliénables, incessibles et insaisissables, sont affranchies du droit de gage. A cela près, le droit embrasse tous les biens, mobiliers et immobiliers, corporels et incorporels, présents et à venir, mais seulement en tant qu'ils restent en la possession du débiteur, et n'y fussent-ils entrés qu'après la date de l'obligation. — Toutefois le droit peut être limité d'un commun accord entre les parties; s'il n'est pas limité, il existe dans sa généralité, encore que l'obligé n'ait pas une entière capacité par rapport à la disposition de ses biens : controverse. — Opinion contraire de Marcadé.

I. — 2. Toute obligation crée un *lien de droit*, une *nécessité légale*, imposée à une personne au profit d'une autre personne. (*Voy.* t. IV, p. 328, n° 377.) Or l'obligation cesserait d'avoir ce caractère si, en même temps qu'elle lui permettrait de naître, la loi ne s'occupait pas des moyens d'en assurer l'exécution. En conséquence, le Code nous dit ici, d'une manière générale, que quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens présents et à venir. C'est le rappel de l'ancien adage : *Qui s'oblige oblige le sien*.

Le Code, du reste, consacre en ceci un principe de haute moralité, une de ces règles qui ont pour base l'intérêt même de la société, la paix et la sécurité publique, une de ces règles dès lors qui sont de tous les temps et de tous les lieux, qui émanent de la loi naturelle, et que la loi positive constate bien plus qu'elle ne les crée.

3. Nous disons d'abord que le principe a pour base la paix et la sé-

curité publique. Et en effet, le repos de la société est intéressé non-seulement à ce que les droits s'y établissent sans empiétement et suivant les modes déterminés, mais encore à ce que, ces droits une fois établis, l'exercice en soit assuré ou protégé par la loi. Or l'obligation qui ne porterait pas avec elle, comme corrélatif, le droit, pour le créancier, d'agir contre son débiteur sous l'autorité de la loi et de le contraindre à l'exécution, serait inévitablement une cause de trouble, car le créancier n'aurait alors pour toute garantie que le bon vouloir du débiteur ou le devoir de conscience que l'obligation engendre, d'où sortirait pour lui, en présence d'un débiteur sans foi, l'alternative ou de voir son droit périr, ou de ne pouvoir le revendiquer que par un appel à la force.

4. Nous disons que le principe est puisé dans la loi naturelle et qu'il est de tous les temps et de tous les lieux. Toullier (t. VI, nos 401 et suiv.) enseigne cependant que c'est seulement depuis l'établissement de l'état civil que tous les biens du débiteur ont été affectés de plein droit à l'accomplissement de ses engagements, et que jusque-là le débiteur n'a pu obliger ses biens qu'à la condition de les donner spécialement en gage à son créancier. Mais l'idée est fausse. Sans doute, le droit de gage sur *les biens* du débiteur, établi comme corrélatif de l'obligation, est un progrès de la civilisation, en ce sens que plus on s'est éloigné de la tradition des peuples barbares, plus on a senti que le gage principal du créancier, celui qui doit venir en premier ordre, c'est le *bien* du débiteur et non pas sa *personne;* d'où vient que partout où l'on s'est fait une idée exacte de la dignité de l'homme, la contrainte par corps n'a eu qu'un rang secondaire dans l'ordre des sûretés établies par la loi. Mais ce n'est pas à dire que l'établissement de l'état civil ait été pour quelque chose dans la pensée d'affecter de plein droit les biens du débiteur à l'accomplissement de ses engagements; cette pensée est nécessairement antérieure à l'établissement de l'état civil; elle a dû être révélée par l'instinct même du droit, et il n'y a eu besoin d'aucun développement de l'esprit juridique pour faire comprendre que celui qui a des biens doit souffrir qu'ils soient affectés à la sûreté de ses dettes, et que c'est là l'une des garanties sans lesquelles le lien naturel engendré par l'obligation laisserait cette obligation sans force ni valeur. L'idée de Toullier est donc fausse; et M. Troplong (*Des Priv. et Hyp.*, n° 1) a mille fois raison contre lui quand il nous montre que, même à l'époque où la seule occupation faisait le droit du possesseur, et où la propriété ne s'appuyait pas encore sur l'hérédité (si tant est que cette époque ait existé jamais), une loi dictée par la conscience a dû commander impérieusement au débiteur de satisfaire à ses engagements par tous les moyens en son pouvoir, et permettre au créancier de l'y contraindre non-seulement par la saisie de la personne, mais encore par la saisie des biens. C'est cette loi aussi que nos articles rappellent et consacrent, avec cette réserve toutefois qu'ils affectent seulement les biens du débiteur, laissant à l'écart sa personne, laquelle ne répond aujourd'hui que dans des cas tout à fait exceptionnels et expressément déterminés. (*Voy.* le Commentaire-Traité de la *Contrainte par corps.*)

II. — 5. Ceci dit, il faut rétablir d'abord la pensée réelle de notre article, pour passer ensuite au commentaire. La pensée de la loi doit être rétablie avant tout, puisque en effet notre article paraît à la fois dire trop et ne dire pas assez.

6. D'abord l'art. 2092 nous dit que « quiconque *s'est* obligé personnellement, etc.; » et ici il est évident que la loi ne dit pas tout ce qu'elle doit dire et tout ce qu'elle veut dire. Ses rédacteurs sont encore sous l'empire de cette confusion, déjà signalée (t. IV, p. 329, n° 378), qu'ils ont faite perpétuellement, sinon dans les choses, au moins dans les mots, entre l'*obligation* elle-même et le *contrat* ou le *fait* qui donne naissance à l'obligation. En la forme, ils paraissent séparer encore deux choses parfaitement identiques, deux dénominations complétement synonymes, l'*obligation,* terme qu'ils emploient pour indiquer le lien de droit résultant d'un contrat, d'une convention, et l'*engagement*, expression qu'ils réservent pour les obligations naissant de la loi, des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits; et ils donnent à penser, par leur expression restrictive, qu'il faut, pour que le débiteur soit tenu dans les termes de l'art. 2092, qu'il *se soit* obligé, c'est-à-dire qu'il y ait eu une *convention*, un *contrat*, tandis que, au fond, il est évident pour tout le monde, et pour les rédacteurs de la loi eux-mêmes, que l'effet qu'ils signalent dans cet article est commun à tous les engagements, quelle qu'en soit l'origine, soit qu'ils procèdent de la convention, soit qu'ils procèdent des autres sources de l'obligation. Il n'est donc pas indispensable que le débiteur *se soit* obligé, il suffit qu'il *soit* obligé pour que l'effet indiqué par l'art. 2092 se produise : c'est en ce sens que le texte de cet article doit être rectifié.

7. D'un autre côté, le même article dit d'une manière générale et sans aucune réserve que celui qui est obligé est tenu *sur tous ses biens*, mobiliers et immobiliers, présents et à venir. Mais la loi, qui tout à l'heure était trop réservée dans l'expression, devient maintenant trop générale; car il y a certains biens, et en assez grand nombre, que des textes positifs enlèvent à l'action des créanciers, et que l'art. 2092 n'a pas eu l'intention assurément de replacer sous cette action. Nous aurons à dire bientôt, en fixant l'étendue du droit de gage consacré par notre article, quels sont les biens que ce droit n'embrasse pas d'après les textes auxquels nous faisons allusion. (*Voy*. n° 10.) Nous nous bornons, quant à présent, à constater l'existence de ces textes pour justifier notre observation, à savoir que notre article dit trop à la fois et ne dit pas assez.

8. C'est, du reste, ce que la Faculté de Caen avait parfaitement compris lorsque, dans ses observations sur les projets de réforme hypothécaire préparés par le gouvernement en 1841, elle proposait de substituer à l'art. 2092, tel que nous le trouvons dans le Code, la rédaction suivante : « Quiconque *est* obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir, *sauf les exceptions admises par les lois*. »

Au surplus, si notre article, tel qu'il est, ne dit pas précisément cela, c'est du moins cela précisément qu'il veut dire. Nous avons maintenant

à indiquer le principe du droit qu'il consacre et à fixer l'étendue de ce droit.

III. — 9. Quant au principe même du droit, notre article l'indique d'une manière précise : il faut que le débiteur soit obligé *personnellement*. Ainsi, le tiers acquéreur d'un immeuble grevé d'hypothèque ne se trouve pas dans les conditions de la loi. Celui-là est tenu hypothécairement, et à ce titre il doit souffrir sans doute que le créancier exerce son recours sur l'immeuble grevé, puisque la charge hypothécaire suit l'immeuble en quelques mains qu'il passe. Mais le détenteur actuel n'est pas tenu autrement; il n'est pas le débiteur direct, personnel du créancier; ce n'est pas lui qui a contracté la dette à la sûreté de laquelle l'immeuble est affecté; s'il peut être actionné à raison de cette dette, c'est accidentellement, à cause de cet immeuble et parce qu'il en est actuellement détenteur, en sorte que l'immeuble venant à sortir de ses mains, soit qu'il ait péri par cas fortuit, soit qu'il ait été abandonné aux créanciers de qui l'action émane, le détenteur est libéré à l'instant, car l'obligation à son égard n'a plus de cause, et les créanciers n'ont plus rien à lui demander. (*Voy.* le comm. des art. 2166 et suiv.) Telle est encore la situation des héritiers irréguliers réglée par les art. 756 et suivants du Code Napoléon; comme ils succèdent aux biens sans succéder à la personne, ils ne peuvent être tenus qu'à raison des biens et en tant qu'ils les détiennent. Telle aussi celle de l'héritier bénéficiaire auquel son titre donne l'avantage, d'après l'art. 802, de ne pas confondre ses biens avec ceux de la succession, et de n'être tenu du payement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens recueillis, *même de pouvoir se décharger du payement des dettes en abandonnant les biens de la succession aux créanciers et aux légataires*. Telle serait également la situation de celui qui, sans se constituer caution de la dette d'un tiers, ce qui impliquerait une obligation personnelle, affecterait hypothécairement un de ses immeubles au payement de cette dette. Le gage du créancier n'irait pas au delà de l'immeuble hypothéqué; et l'immeuble vînt-il à périr par cas fortuit, le créancier ne pourra pas se venger sur le reste du patrimoine du propriétaire, car il n'a pas contre celui-ci l'action directe naissant d'un engagement personnel qui fait que le débiteur est obligé directement, obligé non pas à cause de ses biens, mais au contraire personnellement et indépendamment de ses biens. C'est donc cette obligation personnelle et directe qui est le principe du droit de gage général consacré par notre article.

IV. — 10. Quant à l'étendue de ce droit, il comprendrait, si l'on prenait le texte à la lettre, *tous les biens* du débiteur. Mais nous savons déjà (*voy.* n° 7) que la rédaction est trop absolue. Et, en effet, il faut retrancher de la règle tous les biens que la loi, dans un intérêt d'ordre public, ou par des raisons d'humanité, ou par toutes autres considérations, a déclaré inaliénables, incessibles, insaisissables. Par exemple, la dot de la femme, dans le régime dotal, est inaliénable et insaisissable; la loi veut encore que certaines choses (comme le coucher, les

instruments de travail, d'autres encore dont l'énumération se trouve aux art. 580 et suivants et 592 du Code de procédure) ne puissent pas être saisies et vendues; il en est ainsi, dans une certaine mesure, des traitements et pensions dus par l'Etat, et ce aux termes de l'art. 580 du même code combiné avec la loi du 21 ventôse an 9; ainsi des rentes sur l'Etat, d'après l'art. 581 combiné avec la loi du 8 nivôse an 6, art. 4; ainsi de certains droits qui, étant exclusivement attachés à la personne, sont par cela même incessibles, comme la jouissance légale qu'a le père et, à son défaut, la mère, des biens de leurs enfants mineurs, l'usage, l'habitation (Code Napoléon, art. 384, 631 et 634) : quelque générales que soient les expressions de l'art. 2092, il y a là des dispositions exceptionnelles qui subsistent et avec lesquelles cet article doit se combiner et se concilier.

11. Et ce n'est pas tout : d'autres réserves, moins complètes, mais qui n'en sont pas moins des réserves, accusent encore la trop grande généralité de notre article. Ainsi, quoique les biens du débiteur répondent de sa dette, le créancier n'est pas toujours libre de choisir celui des biens qu'il lui convient de faire saisir. Par exemple, le débiteur est-il un mineur, même émancipé, ou un interdit, le créancier ne pourra pas, en général, mettre en vente les immeubles avant la discussion du mobilier (Code Napoléon, 2206); le créancier a-t-il une hypothèque sur certains immeubles de son débiteur, c'est seulement dans le cas d'insuffisance de ces immeubles qu'il pourra poursuivre la vente de ceux qui ne lui sont pas hypothéqués (art. 2209); le débiteur justifie-t-il par baux authentiques que le revenu net et libre de ses immeubles pendant une année suffit pour le payement de sa dette en capital, intérêts et frais, les juges auront la faculté de suspendre la poursuite, si la délégation du revenu est offerte au créancier (art. 2212).

12. Sauf ces réserves, les créanciers ont pour gage la généralité des biens de leur débiteur, *les biens mobiliers et immobiliers*, *présents et à venir*.

Sur quoi, deux observations.

13. D'une part, le droit de gage embrasse *tous les biens :* il n'y a donc pas à excepter les biens *incorporels*, et cette catégorie de biens répond de l'obligation tout comme les biens corporels. Cela résulte sans équivoque possible de l'art. 2092 dont le texte suffirait à lui seul pour justifier la solution, puisque les créances, les droits, les actions appartenant à une personne, constituent des biens qui font partie du patrimoine de cette personne, et que l'art. 2092 affecte tous les biens. Mais nous avons de plus l'art. 1166, dans lequel la solution est en quelque sorte formulée; car cet article donne aux créanciers la faculté d'exercer *les droits et actions* de leur débiteur, et par là il exprime précisément la conséquence que nous déduisons ici de notre article. (*Voy*. t. IV, p. 398, n° 492.)

14. D'une autre part, le droit de gage embrasse les biens *présents et à venir ;* il n'y a donc pas à tenir compte de la date de l'obligation eu égard à celles des acquisitions qui ont fait entrer les biens acquis dans

le patrimoine du débiteur. L'obligation eût-elle précédé l'acquisition de tels ou tels biens par l'obligé, ces biens n'en seraient pas moins le gage du créancier avec les autres biens que le débiteur avait déjà dans son patrimoine. Et en effet, puisque la loi nous dit que le droit de gage s'étend aux biens *présents et à venir*, elle nous dit par cela même que ce droit affecte non-seulement les biens acquis au débiteur au moment de l'obligation, mais encore les biens que le débiteur acquiert après et à mesure qu'il les acquiert. — Mais, par contre, il ne faut pas tenir compte non plus des biens que l'obligé a pu avoir au moment de l'obligation et qui ont cessé d'être siens quand l'exécution de l'obligation vient à être poursuivie, soit qu'il les ait vendus, soit même qu'il les ait donnés. Le droit de gage général consacré par notre article ne se maintient, en effet, qu'autant que le débiteur reste en possession; cela est bien évident, puisque tel bien que le débiteur a eu dans le passé, mais qu'il n'a plus, ne peut pas être rangé dans la catégorie des *biens présents et à venir*, les seuls que le droit de gage embrasse. Si donc le débiteur a disposé d'une chose à lui appartenant, s'il l'a mise hors de son patrimoine par un acte quelconque d'aliénation, il l'a transmise franche et libre de ce droit de gage dont elle était affectée entre ses mains, et c'est par là, entre autres choses, que ce droit diffère de l'hypothèque, laquelle suit l'immeuble qui en est grevé en quelques mains qu'il passe. Les créanciers pourront sans doute faire rentrer la chose dans le patrimoine de leur débiteur, si l'aliénation en a été faite en fraude de leurs droits (art. 1167); c'est un point sur lequel nous reviendrons bientôt. Mais si la chose reste hors du patrimoine de leur débiteur, les sûretés des créanciers en seront diminuées d'autant, bien qu'au moment où l'obligation est née la chose se trouvât dans le patrimoine de leur débiteur d'où elle est sortie depuis.

15. Du reste, la généralité du gage consacré par notre article n'est pas de l'essence même de l'obligation à laquelle le droit de gage est corrélativement attaché. Le créancier et le débiteur pourraient donc le limiter, d'un commun accord entre eux. Par exemple, j'ai, dans mon patrimoine, certains objets qui, abstraction faite de leur valeur absolue, ont pour moi, en raison de leur origine, une valeur d'affection, et dont, par ce motif, je tiens à conserver toujours la propriété. Je peux certainement, si je viens à m'obliger par un emprunt ou de toute autre manière, stipuler que ces objets seront soustraits au droit de gage général consacré par notre article; si le créancier consent à cette réserve et l'accepte, rien ne s'oppose à ce qu'elle ait son effet, quelles que puissent être les éventualités, et le reste de mon patrimoine fût-il insuffisant pour répondre de ma dette : le principe consacré par l'art. 2092 n'est pas d'ordre public à ce point qu'il ne soit pas possible d'y déroger.

16. Mais à défaut de limitation, le droit de gage est acquis au créancier dans toute sa généralité, et cela abstraction faite de toute circonstance juridique par suite de laquelle la capacité de disposer de ses biens est restreinte dans la personne de l'obligé. Ce point est toutefois

gravement controversé; il faut l'éclaircir d'abord par une hypothèse. Nous supposons un mineur émancipé, ou un mineur représenté par un tuteur, ou encore une femme séparée de biens; ces personnes diverses n'ont pas le pouvoir absolu de s'obliger et d'aliéner leurs biens, mais elles ont un droit d'administration dans les limites duquel les obligations qu'elles contractent sont parfaitement valables. Maintenant nous supposons que ces personnes se soient obligées sans dépasser la limite de ce droit d'administration qui leur est conférée par la loi, et nous demandons si, nonobstant les prohibitions par lesquelles la capacité générale d'aliéner est limitée en elles, leur obligation a aussi sa sanction dans le droit de gage général établi par l'art. 2092. Marcadé a déjà traité la question dans son Commentaire de l'art. 1449, à propos de l'obligation contractée par la femme séparée de biens, et il a pensé que ce n'est pas ici le cas de suivre l'art. 2092, au moins dans toute sa généralité, et que l'obligation n'a pour gage que le mobilier de la femme. (*Voy.* art. 1449, n° 3.) Le continuateur de Marcadé avait eu aussi à décider la question dans cette même hypothèse (*Tr. du contr. de mariage*, t. II, n° 883), et, d'accord avec son collaborateur et ami M. Rodière, il l'avait décidée dans le sens opposé. Cette publication lui a imposé le devoir d'un nouvel examen qui l'a pleinement confirmé dans son opinion personnelle : il doit donc y persister, et c'est pour rendre hommage à l'autorité si grande de Marcadé qu'il développera les motifs qui l'ont déterminé.

La théorie de l'art. 2092 est on ne peut plus claire. La loi veut donner une sanction efficace à toute obligation dont elle reconnaît la validité. Par cela seul donc qu'une obligation est valable en soi, cette obligation crée un lien de droit, une nécessité légale en vertu de laquelle les biens de l'obligé sont frappés du droit de gage général que la loi consacre en faveur du créancier. Or la femme séparée de biens, qui s'engage dans les termes et dans les limites de son droit d'administration, contracte assurément une obligation valable. Donc elle est sous l'application de l'art. 2092, et elle peut être poursuivie sur la totalité de ses biens, sur ses immeubles, par conséquent, aussi bien que sur son mobilier. Il est vrai que la femme séparée, si elle a la disposition de ses meubles aux termes de l'art. 1449, n'a pas également, d'après le même article, la libre disposition de ses immeubles. Mais qu'importe cela? et qu'en veut-on conclure? Que la femme qui ne peut aliéner ses immeubles ne peut par cela même les engager, l'incapacité d'aliéner emportant en général incapacité de s'obliger? Soit! Mais la question n'est pas là, et cela est évident, puisque la femme séparée, quoique incapable d'aliéner ses immeubles, n'en a pas moins une capacité relative de s'obliger. De quoi s'agit-il donc réellement? De savoir si la femme, qui par le fait de la séparation recouvre son droit de libre administration (car l'art. 1449 dit aussi cela), à laquelle par conséquent la loi rend les prérogatives et la capacité qui appartiennent à l'administrateur, peut, lorsqu'elle s'oblige dans les limites de cette capacité, être affranchie, dans une mesure quelconque, des conséquences que la loi

elle-même, que la loi seule attache à l'obligation régulièrement formée. Or l'art. 2092 répond à cela par sa généralité même. Nul assurément ne pourra lire cet article sans reconnaître qu'il ne mesure en aucune manière à la capacité plus ou moins étendue, plus ou moins complète de l'obligé, les effets qu'il attache à l'obligation. Que l'obligé soit capable dans la mesure où il s'oblige et qu'il s'oblige régulièrement, il n'en faut pas davantage : le droit du créancier repose alors sur une cause juste; c'est assez pour que l'obligation soit maintenue dans ses conditions, dans ses effets juridiques, par conséquent avec toutes les sûretés que l'art. 2092 y rattache corrélativement. Que font maintenant à cela les prohibitions de l'art. 1449? Rien! car ce que cet article interdit à la femme séparée, c'est son action personnelle, spontanée, c'est le consentement qu'elle donnerait elle-même à des actes qui sortiraient de la mesure de sa capacité relative. Mais il n'y a rien de cela ici : ce droit de gage général qui affecte les biens de l'obligé, aux termes de l'art. 2092, ce n'est pas l'obligé qui le donne, c'est la loi elle-même qui l'établit, par sa seule autorité, sans l'intervention de l'obligé, même à l'insu de l'obligé dans bien des cas, par exemple lorsque l'obligation a sa source dans le quasi-contrat de gestion d'affaires. Comment donc les prohibitions de l'art. 1449 pourraient-elles être mises en cause ici? Evidemment ces prohibitions subsistent entières dans notre système, et notre solution ne les contrarie pas; car si les immeubles de la femme séparée sont engagés par l'effet de ce droit de gage général que consacre l'art. 2092, ils sont engagés du moins sans le consentement de la femme, par la volonté de la loi, et comme conséquence d'une obligation consentie par la femme sans doute, mais que la femme pouvait consentir, et dont par conséquent la loi ne peut reconnaître la validité sans admettre les effets qu'elle assigne elle-même à l'obligation d'une manière générale (1).

L'exception qui protége les biens de la femme dotale même contre le droit de gage général consacré par notre article tient aux particularités tout à fait exceptionnelles du régime dotal; elle ne saurait profiter à la femme placée sous un autre régime d'association conjugale.

2093. — Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence.

2094. — Les causes légitimes de préférence sont les priviléges et hypothèques.

SOMMAIRE.

I. C'est au profit de la masse des créanciers que le droit de gage pèse sur les biens du débiteur, et cela sans aucun égard à la date des créances.

(1) *Voy.*, en ce sens, MM. Duranton (t. II, n° 492), Demante (t. I, p. 443), Valette sur Proudhon (t. I, p. 443), Demolombe (t. IV, n° 161), Mourlon (*Examen crit. et prat. du Comm.* de M. Troplong *sur les Priviléges*, p. 6, n° 6). — *Voy.* cependant, outre l'opinion de Marcadé déjà citée, MM. Zachariæ (t. III, p. 484, note 55), Massol (*De la Séparation de corps*, p. 21).

II. Ce qui a lieu même par rapport au bien que le débiteur avait aliéné et que des créanciers ont fait rentrer dans son patrimoine par l'exercice de l'action paulienne : la rescision, dans ce cas, profite même aux créanciers dont le titre est postérieur à l'aliénation. Opinion conforme de Marcadé. — Réfutation de l'opinion contraire de M. Mourlon.

III. Mais l'égalité est rompue quand il existe entre les créanciers des causes légitimes de préférence, comme des priviléges ou des hypothèques. — Toutefois ce ne sont pas là les seules causes de préférence.

IV. Il y faut ajouter l'antichrèse. L'opinion contraire, émise par quelques auteurs, est désormais condamnée par la loi récente (23 janvier 1855) sur la transcription.

V. Il y faut ajouter encore le droit de rétention : renvoi.

I. — 17. Après avoir consacré l'ancien adage *qui s'oblige oblige le sien*, la loi nous dit ici, comme complément du principe, que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers. Ainsi, c'est au profit de la masse des créanciers indistinctement que ce droit de gage général pèse sur les biens du débiteur. Et cela devait être en principe. Ici, dans l'hypothèse de la loi, c'est la personne du débiteur qui est obligée; ses biens ne sont obligés qu'accessoirement à la personne. Aucun des créanciers ne saurait dès lors prétendre un droit privatif sur les biens, ou même un droit de préférence, quelle que soit la date de son titre. Comme chacun d'eux, le dernier comme le premier, n'a de droit qu'à raison de la personne, il est clair que l'un ne sera pas de meilleure condition que l'autre, la personne ne pouvant répondre que de la même manière pour tous : aussi l'art. 2093, sans tenir compte de la date des créances, nous dit-il que le prix des biens se distribue par contribution entre les créanciers. — Ainsi le débiteur a-t-il plus de dettes que de biens, il y a là une insolvabilité dont les effets se régleront entre les créanciers proportionnellement à l'importance de leurs droits respectifs, et ne pèseront pas exclusivement sur les derniers en date. Soit la somme de 60,000 francs produite par la saisie et la vente des biens de *Primus* qui en devait 90,000, savoir : 30,000 à *Secundus* depuis le 1er janvier 1853, 30,000 à *Tertius* depuis le mois de mai suivant, et 30,000 à *Quartus* depuis le 1er janvier 1854. La différence de 30,000 francs existante entre la somme due et la somme produite par la vente ne pèsera pas exclusivement sur le dernier créancier, sur *Quartus*, qui ainsi ne recevrait rien; elle se répartira entre les trois créanciers, qui, venant au marc la livre, recevront chacun les deux tiers de leur créance, soit chacun 20,000 francs. — C'est là le droit commun.

II. — 18. Quelques auteurs y font exception dans certains cas et enseignent qu'il est telles circonstances où il y a nécessairement inégalité de gage entre les créanciers, et où il doit arriver par conséquent que l'un sera intégralement payé, tandis que les autres n'auront qu'un dividende ou même n'auront rien. L'une de ces situations, d'après ces auteurs, serait celle qui a été examinée plus haut à l'occasion de l'*action paulienne* dont le principe est consacré par l'art. 1167 (t. IV, p. 403, nos 496 et suiv.). Ainsi, dit-on, si des créanciers, usant du bénéfice de cet article, obtiennent la rescision d'une aliénation que le débiteur

avait faite en fraude de leurs droits, il est de toute justice que cette rescision ne profite qu'à ces créanciers mêmes qui avaient un droit de gage sur les biens dont le débiteur a frauduleusement disposé, et que les créanciers dont le titre est postérieur à l'acte frauduleux ne puissent retirer aucun avantage de la rescision, puisque le bien dont s'agit, sorti du patrimoine de leur débiteur quand ils sont devenus créanciers, n'a jamais été compris dans leur gage. Cette doctrine, déjà contredite par Marcadé (*loc. cit.*, n° 501), a été reprise récemment et déduite par M. Mourlon avec force et aussi avec l'entraînement et la verve propres à une œuvre critique (1). Mais, le dirons-nous? la théorie du jeune écrivain nous a paru pécher ici par la base. Certes, s'il s'agissait de savoir si l'action paulienne est ouverte à des créanciers qui ne sont devenus tels que postérieurement à l'acte argué de fraude, le doute ne serait pas permis; et en effet, aucun doute n'existe ni en doctrine ni en jurisprudence. Comme ceux dont le titre est postérieur à la date de l'acte accompli par le débiteur n'étaient pas créanciers au moment où cet acte s'est accompli, il est de toute évidence qu'il n'a pas été fait en fraude de leurs droits; en sorte qu'il n'est pas dans les conditions voulues par l'art. 1167 pour donner ouverture à l'*action paulienne* : aussi admet-on sans difficulté que les créanciers postérieurs n'ont pas qualité pour exercer l'*action paulienne* (2). Mais la question est de savoir si l'*action paulienne* une fois exercée par ceux qui avaient qualité pour l'introduire, tous les créanciers, sans distinction d'antériorité, peuvent profiter de la rescision que cette action a procurée. Or la question est toute différente; et nous avons pour la résoudre le texte positif de l'art. 2092, qui fait peser le droit de gage de la manière la plus générale sur tous les biens du débiteur, sur les biens *mobiliers et immobiliers*, *présents et à venir*. N'est-il pas vrai que l'action paulienne a eu pour résultat de replacer dans le patrimoine du débiteur le bien qui en était momentanément sorti? Ce bien fait donc désormais partie du patrimoine du débiteur; on peut dire même que, par l'effet de l'action paulienne, il est censé n'avoir cessé jamais d'en faire partie. Cela étant, ce bien est, avec tous les autres du débiteur, *le gage commun* de tous les créanciers, sans aucune préférence possible. (*Voy*. t. IV, p. 407, n° 501.) Ainsi le veut notre article combiné avec l'article précédent; et il faudrait un texte bien positif pour détruire l'induction qui se tire de ceux-ci. A la vérité, M. Mourlon invoque un texte; il en invoque même deux au lieu d'un. Il a d'abord l'art. 1167 lui-même, d'après lequel les créanciers (antérieurs à l'acte, puisque, de l'aveu de tout le monde, ceux-là seuls ont qualité pour agir) exercent l'action « en leur nom personnel. » Or, dit-il, exercer une action *en son*

(1) Voy. *Examen crit. et prat. du Commentaire* de M. Troplong *sur les Priviléges*, n° 14.

(2) Paris, 6 juin 1826; Colmar, 20 mai 1836; Toulouse, 1er décembre 1837; Riom, 9 août 1843; Bourges, 14 août 1844; Nîmes, 18 décembre 1849. — *Voy*. encore Delvincourt (t. II, p. 573), Toullier (t. VI, n° 351), et MM. Duranton (t. X, n° 573) et Zachariæ (t. II, § 313).

nom personnel, c'est agir pour soi-même et dans son intérêt, uniquement pour soi-même, sans représenter personne que soi-même. Il a ensuite l'art. 788, qui, en autorisant les créanciers d'un héritier à attaquer la renonciation faite par celui-ci au préjudice de leurs droits, à faire rescinder la renonciation et à accepter la succession du chef de leur débiteur, dit positivement, non pas que la révocation de la renonciation produira un effet absolu, *erga omnes*, mais, au contraire, que la renonciation n'est annulée qu'en faveur des créanciers jusqu'à concurrence de leurs créances, et ne l'est pas au profit de l'héritier qui a renoncé. Mais M. Mourlon n'y prend pas garde; il tire d'expressions qui ont une valeur tout à fait relative des conséquences générales auxquelles le législateur n'a pas songé et ne devait pas songer. Dans l'art. 788 comme dans l'art. 1167, ce qui est dans sa pensée, c'est la volonté, non pas de favoriser tels créanciers plutôt que tels autres, mais de protéger ceux, quels qu'ils soient, qui ont droit à sa protection contre un acte consenti à leur préjudice, par leur débiteur, dans des conditions telles que le débiteur lui-même ne serait pas recevable, en général, à attaquer cet acte : et, à ce point de vue, l'expression de la loi est précisément ce qu'elle devait être. Ainsi, l'héritier qui a renoncé a répudié la qualité d'héritier; cette qualité est donc perdue pour lui, dans le cas du moins où la succession a été acceptée par d'autres héritiers. Mais si la renonciation est faite au préjudice des créanciers du renonçant, la loi leur vient en aide en leur permettant de l'attaquer. Arrive-t-il maintenant que la renonciation soit annulée, elle tombe pour les créanciers, mais seulement pour eux, et conséquemment jusqu'à concurrence de leurs créances; en sorte que si, les créances payées, il y a un reliquat dans la part qui serait revenue au renonçant, ce reliquat va, non pas à ce renonçant, car la renonciation subsiste à son égard, mais aux héritiers qui ont accepté et auxquels accroît la part du renonçant. (*Suprà*, t. III, p. 159, n° 230.) L'art. 788 dit cela et il ne dit rien de plus que cela. Quant à l'art. 1167, les expressions en sont si rationnelles et elles s'expliquent si bien dans le sens restrictif ci-dessus indiqué, que nous ne voyons pas, nous l'avouons, comment M. Mourlon a pu s'y méprendre. Cet article dit que l'action paulienne est exercée par les créanciers *en leur nom personnel*. Et vraiment, pouvait-il dire autrement? Il s'agit, pour les créanciers, de demander la révocation d'un acte consenti librement par leur débiteur. Celui-ci ne pourrait pas lui-même demander cette révocation. Comment donc serait-elle demandée en son nom? La loi dit en conséquence aux créanciers autorisés à agir qu'ils agiront de leur chef et en *leur propre nom*. Mais ni cet article 1167, ni l'art. 788, n'ont pour objet de dire ce que sera, par rapport aux créanciers dans leurs rapports entre eux, l'effet de la rescision ou de l'annulation obtenue par l'un ou plusieurs d'entre eux, ni si ceux-ci viendront, à l'exclusion de ceux-là, au partage du prix des biens que la rescision ou l'annulation aura procuré; et par conséquent on ne saurait, sans en étendre la portée et en changer la signification positive, y trouver une modification ou une restriction au principe des

art. 2092 et 2093, d'après lesquels tous les biens, *mobiliers et immobiliers*, *présents et à venir*, qui entrent dans le patrimoine d'un débiteur, sont le gage commun de ses créanciers, quelle que soit la date de leur titre. En fait, dans notre cas particulier, l'action en rescision intentée par les créanciers qui avaient droit d'agir a replacé dans le patrimoine du débiteur un bien qui en était momentanément sorti; en droit, ce bien est, pour les créanciers qui n'auraient pas pu agir parce que leur titre est postérieur à l'aliénation, un de ces biens à venir sur lesquels, d'après les termes mêmes de la loi, s'étend le gage des créanciers à mesure qu'ils entrent dans le patrimoine du débiteur et de quelque manière qu'ils y entrent. Nous supprimons donc, au point de vue qui vient d'être traité, toute distinction entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs.

19. Et à plus forte raison cette distinction devra-t-elle être supprimée dans le cas où l'aliénation aurait été faite par le débiteur en fraude, non-seulement de ses créanciers actuels, mais encore de ceux avec lesquels il se proposait de traiter plus tard. Et la distinction s'effacerait plus complétement encore; car, comme la fraude ici serait ourdie contre les créanciers postérieurs aussi bien que contre les créanciers antérieurs, les premiers se trouveraient comme les seconds dans le cas de l'article 1167; en sorte que non-seulement ils profiteraient, comme les créanciers dont nous parlons au numéro précédent, de la rescision prononcée, mais encore qu'ils auraient, de plus que ces créanciers, droit et qualité pour former eux-mêmes l'action en rescision. (*Suprà*, t. IV, p. 408, n° 502.) (1)

III. — 20. Après avoir posé la règle que nous venons d'expliquer, l'article 2093 ajoute que l'égalité est rompue entre les créanciers, quand il existe entre eux des causes légitimes de préférence; puis l'article 2094 dit que les causes légitimes de préférence sont les priviléges et les hypothèques. Et en effet, les priviléges et les hypothèques, comme on le verra dans le commentaire des articles qui vont suivre, assurent, sous un rapport au moins, et plus souvent sous deux rapports, un avantage au créancier qui en est pourvu. D'une part, le privilége, quand il porte sur les meubles, donne au créancier le droit d'être payé par préférence, ce qui le fait sortir du droit commun, d'après lequel, on l'a vu, les créanciers viennent au payement par contribution et au marc la livre entre eux; quelquefois aussi, mais exceptionnellement cependant, le privilége sur les meubles donne au créancier le droit de revendiquer entre les mains des tiers, même de bonne foi, les objets qui en sont grevés. D'une autre part, les hypothèques et les priviléges immobiliers donnent au créancier non-seulement un droit de préférence, mais encore un droit de suite: un droit

(1) *Voy.*, en ce sens, outre l'arrêt de la Cour de cassation du 2 février 1852, cité par Marcadé (Dev., 52, 1, 234; Dall., 52, 1, 419; J. P., 1853, t. I, p. 396), un autre arrêt conforme de la même Cour, du 14 juillet 1852 (Dall., 52, 1, 244; J. P., 1853, t. I, p. 400). — *Voy.* aussi notre dissertation, dans la *Revue crit.*, t. III, p. 11, et la dissertation de M. Mimerel, *ibid.*, t. II, p. 412.

de préférence en vertu duquel le créancier privilégié ou hypothécaire obtient avant tous autres son payement sur le prix de l'immeuble affecté du privilége ou de l'hypothèque; un droit de suite en vertu duquel la charge reste sur l'immeuble et le suit en quelques mains qu'il passe par suite de l'aliénation qu'en pourrait faire le débiteur.

Mais si notre article nous dit que les priviléges et les hypothèques sont des causes légitimes de préférence, il ne nous dit pas, et il ne faudrait pas dire que ce soient là les seules causes légitimes de préférence.

IV. — 21. Il y faut ajouter d'abord le nantissement. Mais ici il y a à distinguer entre le nantissement des choses mobilières, ou le *gage* et le nantissement des choses immobilières ou *l'antichrèse*. Dans le gage, qui confère un droit sur la chose même (C. Nap., 2073), le droit du créancier gagiste est un privilége; la loi le qualifie ainsi expressément (art. 2073 et suiv.), et elle le classe même au rang des priviléges sur certains meubles (art. 2102, n° 2): le gage est donc virtuellement compris dans l'énumération de notre article. L'antichrèse, au contraire, qui n'est ni un privilége ni une hypothèque, et dont la loi parle même par opposition aux priviléges et hypothèques (art. 2091), n'est pas comprise dans cette énumération. Cependant l'antichrèse permet au créancier antichrésiste de se payer, au moyen des fruits de l'immeuble, par préférence à tous autres créanciers, et de retenir l'immeuble jusqu'à parfait payement, sans avoir à tenir compte des aliénations que son débiteur en aurait pu faire même de bonne foi. A ce titre, l'antichrèse doit être ajoutée aux causes légitimes de préférence indiquées par notre article. Et toutefois cela a été gravement contesté. M. Troplong, notamment, a soutenu, avec l'éclat qu'il met habituellement au développement de ses théories favorites, le caractère purement personnel du droit résultant de l'antichrèse. A ses yeux, la défense que la loi fait au débiteur de retirer l'immeuble des mains de l'antichrésiste jusqu'à l'entier acquittement de la dette, créerait une obligation personnelle qui n'engagerait que le débiteur, et le droit corrélatif du créancier de retenir l'immeuble ne serait conséquemment qu'une exception personnelle, opposable seulement au débiteur qui a été partie au contrat, et nullement aux tiers de bonne foi, pas même à ceux qui ont traité avec le débiteur postérieurement à la constitution d'antichrèse (1). Mais cette doctrine n'a pas prévalu et il est clair qu'elle ne devait pas prévaloir. Sans nous arrêter ici aux détails qui appartiennent plus particulièrement au commentaire du *Nantissement* et y trouvent plus convenablement leur place, nous pouvons dire que le nantissement, soit le gage, soit l'antichrèse, contrat par lequel, d'après une définition commune à l'un et à l'autre, le débiteur remet une chose à son créancier *pour sûreté de la*

(1) *Voy.* M. Troplong (*Du Nantissement*, n°s 448 et suiv., 476 et suiv.). — *Voy.* encore, dans le sens de cette doctrine, MM. Delvincourt, t. III, p. 212 (édit. de 1819), et Martou (*Comm. de la loi belge sur les hyp.*, t. I, n°s 34 et 259), et les arrêts de Rennes, 24 août 1827; de Liége, 14 juillet 1821; de Bastia, 9 mai 1838, et de Paris, 24 juillet 1852 (J. P., 1838, t. II, p. 297; 1853, t. II, p. 293).

dette (art. 2071), ne serait rien, et en particulier n'aurait pas le caractère de sûreté qui lui est assigné par la loi elle-même, s'il n'était pas opposable aux tiers, au moins à ceux qui ont traité avec le débiteur après la formation du contrat, puisque celui-ci pourrait dès le lendemain faire disparaître la sûreté, en vendant ou en hypothéquant la chose donnée en nantissement. Aussi, non-seulement rien dans la loi ne justifie la théorie que nous indiquions tout à l'heure, mais encore bien des textes la contredisaient formellement avant que la loi récente sur la transcription l'eût définitivement condamnée. D'une part, en effet, l'art. 2091, dans lequel en particulier cette théorie cherche sa justification, ne saurait cependant la fournir; car cet article, en disant que l'antichrèse ne préjudicie point aux droits que les tiers pourraient avoir sur le fonds de l'immeuble, n'entend parler évidemment, comme cela résulte des articles qui le précèdent, que des droits acquis antérieurement à la constitution de l'antichrèse; et si cet article ajoute que, dans le cas où le créancier antichrésiste aurait sur le fonds des priviléges ou hypothèques légalement établis et conservés il les exercera à son ordre comme tout autre créancier, il dit une chose fort raisonnable eu égard aux deux droits distincts, et différant essentiellement par leurs effets et leur objet, dont il suppose la coexistence entre les mains du même créancier, l'un de ces deux droits ne pouvant exclure l'autre ni le remplacer. D'une autre part, notre doctrine, que l'article 2091 ne détruit pas, s'affirme très-positivement, au contraire, d'abord, comme on l'a vu, par l'art. 2071, et, en outre, par l'art. 2072, qui, en plaçant le *gage* et l'*antichrèse* sous la dénomination commune de *nantissement*, rend commun aussi à l'antichrèse l'effet qui appartient incontestablement au gage, et qui est précisément d'affecter la *chose même* à la sûreté du créancier; ensuite, par l'art. 446 du Code de commerce : cet article déclare nuls et sans effet « toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire, et *tous droits d'antichrèse ou de nantissement* constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées, » lorsque de tels actes auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal, comme étant celle de la cessation de ses payements ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque; et par là il suppose nécessairement que l'antichrèse constitue un droit réel affectant la chose même, et qu'à ce titre elle est opposable aux tiers, puisque sans cela il n'y aurait pas lieu d'en prononcer la nullité dans l'intérêt de la masse. Tout ceci était déjà bien décisif, ce nous semble; et en effet, la réalité de l'antichrèse, admise par la généralité des auteurs (1), avait été consacrée formellement par la Cour de cassation (2). Mais aujourd'hui ce point semble ne pouvoir même plus être mis en question; car la loi du 23 janvier 1855, sur la transcription

---

(1) *Voy.* MM. Duranton (t. VIII, n° 560), Proudhon (*De l'Usuf.*, n° 90), Valette (*Des Priv. et Hyp.*, n° 7), Zachariæ (§ 438, n° 8), Charlemagne (*Encycl. du droit*, v° Antichrèse, n° 37), Mourlon (*Comm. crit. et prat.*, n° 228).

(2) *Voy.* Cass., 31 mars 1851 (D. P., 51, 1, 65; J. P., 1851, t. II, p. 5; Dev., 51, 1, 305). — *Voy.* encore Caen, 12 fév. 1853 (J. P., 1853, t. II, p. 294).

en matière hypothécaire, classe l'acte constitutif d'antichrèse parmi les actes susceptibles d'être transcrits (art. 2, n° 1). Or si de telles conventions doivent être rendues publiques par la transcription, c'est évidemment que, loin de se restreindre entre le débiteur et le créancier, elles sont opposables aux tiers. La question est législativement résolue.

V. — 22. De l'antichrèse au droit de rétention, la transition est toute naturelle; elle n'est que le passage du particulier au général; car l'antichrèse n'est qu'un cas particulier du droit de rétention. Nous généraliserons donc la proposition qui précède, et nous dirons qu'il faut ajouter aux sûretés, aux causes légitimes de préférence énumérées par l'art. 2094, le droit de rétention accordé par la loi aux créanciers dans certains cas qu'elle détermine. (Art. 570, 865, 1612, 1673, 1749, 1948, 2082, 2087, 2280.) Par là le possesseur et même le simple détenteur d'une chose, actionné en revendication ou en restitution, est autorisé à retenir cette chose jusqu'au remboursement des dépenses qu'il a faites dans l'intérêt de la chose ou pour une cause connexe à sa détention. La réalité de ce droit est contestée comme la réalité de l'antichrèse. (*Voy.* les auteurs cités.) Mais elle se démontre ici, comme dans le cas d'antichrèse, par l'objet même du droit, puisqu'il est évident que si le droit était purement personnel et n'existait que du débiteur au créancier, il serait, au gré du premier, sans efficacité aucune pour le second. Nous insistons là-dessus, ainsi que sur la nature, l'objet et les effets de ce droit, dans le Commentaire du *Nantissement*.

CHAPITRE II.

DES PRIVILÉGES.

2095. — Le privilége est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires.

SOMMAIRE.

I. Définition du privilége : celle de notre article est incomplète, en ce qu'elle ne comprend pas le privilége résultant de la constitution expresse du gage.

II. Effets du privilége. — Le Code diffère en ce point de la loi romaine, d'après laquelle le privilége ne donnait lieu qu'à l'action personnelle, et par suite était primé par l'hypothèque. — Aujourd'hui l'hypothèque ne vient qu'après le privilége. — Développements.

III. Exceptions.

23. La loi, par la définition qu'elle donne ici du privilége, indique à la fois (mais incomplétement, on le verra tout à l'heure) la nature et les effets de ce droit.

I. — 24. Sous le premier rapport, il résulte de notre article que le privilége, indépendant de la convention, a son principe dans la *qualité*, c'est-à-dire dans la *cause* de la créance; puis, en ajoutant, dans les deux articles qui suivent, qu'entre privilégiés la préférence se règle par les différentes qualités des priviléges, et que ceux qui sont dans le

même rang sont payés par concurrence, la loi montre que la préférence n'est pas déterminée, en général, par la priorité de temps; en sorte que, pris dans leur ensemble, ces textes consacrent la définition de la loi romaine, suivant laquelle : *Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causâ; et si ejusdem tituli fuerunt, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint.* (L. 32, D. *de Reb. auct. jud. possidendis*). Toutefois, il y a ici un point à noter. Sans doute, comme le dit Domat (*Lois civiles,* liv. III, t. I, sect. 5, nº 30), dont notre article confirme la doctrine, le privilége fait une affectation particulière, qui donne au créancier privilégié la chose pour gage, quoiqu'il n'y ait ni convention, ni condamnation qui marque expressément cette préférence; car elle est attachée au titre de la créance, par la nature de la dette et sans qu'on l'exprime; et c'est ici l'un des côtés par lesquels le privilége se distingue de l'hypothèque qui, elle, peut s'établir par convention. Il faut dire même, encore avec Domat, que si la dette n'était pas d'elle-même privilégiée, on ne pourrait la rendre telle par l'effet d'une convention. La Cour de cassation décide justement, en ce sens, que tout privilége doit être restreint aux cas expressément spécifiés par les actes législatifs qui l'ont établi; d'où suit qu'un débiteur ne peut, par des conventions particulières, et hors des cas prévus par la loi, créer en faveur de l'un de ses créanciers un privilége sur des sommes qui lui seraient dues par des tiers, tellement que ce créancier puisse, sans être saisi par un transport régulier et signifié, exercer sur les sommes qui lui ont été ainsi déléguées un droit de préférence vis-à-vis des autres créanciers (1).

Cependant la définition de notre article ne convient pas à tous les priviléges dont les art. 2101 et suiv. font l'énumération; et c'est en ceci d'abord que cette définition est incomplète. En effet, il n'a échappé à aucun auteur, et tous ont fait remarquer qu'en particulier le privilége résultant de la constitution expresse de gage (art. 2102-2º) est indépendant de la *qualité* de la créance, et qu'à la différence de tous les autres, il a sa cause et son principe dans la convention des parties, lesquelles peuvent stipuler la constitution de gage à l'occasion de toutes les créances quelles qu'elles soient. C'est pour cela que Domat (*loc. cit.* au préambule de la sect. 5), fidèle à sa doctrine, ne met pas au nombre des priviléges la préférence qu'a le créancier sur les meubles qui lui ont été donnés en gage et qui sont en sa puissance; car, dit-il, cette préférence n'est pas fondée sur la qualité de la créance, mais sur la sûreté que le créancier a prise se saisissant du gage. Quelques auteurs font encore la distinction sous notre législation actuelle, et M. Persil (2), notamment, dit qu'en ce cas *c'est moins comme privilégié qu'en vertu du droit de rétention* que le créancier se fait payer par préférence aux autres. Mais il y a ici un texte précis qui place le gage parmi les priviléges; tout ce qu'on peut dire, c'est que ce privilége se distingue de tous les autres

---

(1) C. de cass., 18 mai 1831, 12 décembre 1831, 3 août 1837.
(2) *Régime hypothécaire,* sur l'art. 2095, nº 1.

quant à la cause, et reste par là en dehors de la définition du privilége telle qu'elle est donnée par la loi.

II. — 25. Sous le second rapport, on voit que la loi donne aux créanciers privilégiés un droit de préférence sur les autres créanciers, chirographaires ou hypothécaires, et même sur les créanciers qui ont aussi un privilége, mais dont la cause est moins favorable, le tout abstraction faite de la date des créances; et c'est encore un autre côté par lequel le privilége se distingue de l'hypothèque relativement à laquelle la priorité de rang est déterminée par la priorité du temps. Mais ici encore quelques points sont à noter.

La loi actuelle diffère profondément du droit romain. Ce n'est pas que, dans le droit romain, le droit des privilégiés *entre eux* ait été réglé en raison de la date des créances; on a vu, au contraire, par le texte ci-dessus reproduit de la loi 32, ff. *de Reb. auct. jud. possid.*, que la priorité était déterminée par la *qualité* ou par *la cause* de la créance. Mais, sauf certains cas exceptionnels, comme celui où le préteur de deniers pour payer un bien obtenait, par la convention, qu'à son privilége fût ajoutée la garantie spéciale d'une hypothèque (l. 7, au C. *qui pot. in pign.*), et quelques autres cas encore (l. 5 et 6, ff. *qui pot in pign.*), le privilége, en droit romain, ne donnait lieu qu'à l'action personnelle; d'où suivait que les créanciers privilégiés primaient seulement les créanciers chirographaires; mais vis-à-vis des créanciers hypothécaires, qui, eux, avaient un droit réel, ils étaient à l'égal des créanciers chirographaires, même antérieurs; ils avaient sans doute, selon l'expression de Cujas, le *privilegium causæ*, comme ceux-ci avaient le *privilegium temporis*, mais les uns et les autres avaient *debitorem personali tantum causâ obligatum;* et à ce titre ils le cédaient aux créanciers hypothécaires, « optimâ ratione, ajoute Cujas, quia hypothecarii creditores habent hypothecariam actionem *quæ est actio in rem,* in quam, ut ait regula juris, *plus est cautionis*, *id est*, *plus securitatis*, *ponderis et virium quam in personam.* » (*Recit. solem.*, ad tit. XVII, lib. VIII, C. ad leg. 7 : *licet.*) C'est en ceci que la loi actuelle diffère du droit romain : notre article nous dit, en effet, que le droit résultant du privilége prévaut sur celui des autres créanciers, même hypothécaires, c'est-à-dire que, dans le cas unique où le privilége peut se trouver en conflit avec l'hypothèque, celui où il s'agira d'immeubles, puisque les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèque (troisième côté par lequel le privilége diffère de l'hypothèque), c'est l'hypothèque qui cédera le pas au privilége.

Par là notre article montre que le privilége est constitutif d'un droit *réel* affectant la chose; et à ce point de vue on pourrait lui reprocher, à cet article, d'être encore incomplet, en ce que, en traitant des effets des priviléges, il parle exclusivement des créanciers, et peut ainsi donner à penser que le privilége n'est pas opposable au tiers acquéreur. Mais il est suppléé à l'insuffisance du texte, sous ce rapport, par d'autres dispositions de la loi. D'une part, si les priviléges dont il s'agit ici ont cet effet considérable de l'emporter même sur les hypothèques, c'est parce

qu'ils constituent eux-mêmes des *hypothèques privilégiées*, et cela résulte de l'art. 2113, qui veut que, dans les cas où les formes prescrites pour la conservation des priviléges n'ont pas été observées, la créance reste néanmoins hypothécaire, ce qui indique déjà que le privilége en lui-même a, comme l'hypothèque, l'effet dont nous parlons ici; et, d'une autre part, cela est formellement exprimé par l'art. 2166, qui, disant que les créanciers ayant *privilége ou hypothèque* inscrits sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, annonce bien positivement que le privilége, aussi bien que l'hypothèque, est opposable aux tiers acquéreurs du bien qui en est grevé.

III. — 26. Il nous reste maintenant à faire observer que si le privilége, comme le dit notre article, prévaut sur l'hypothèque, cela ne doit pas être pris dans un sens trop absolu. Cette règle, en effet, n'est pas sans exception. Les lois des 5 septembre 1807 en établissent quelques-unes (sur lesquelles nous insistons dans le commentaire de l'art. 2098) par rapport au privilége qui appartient au Trésor public, soit à raison de la gestion des comptables sur les biens qu'ils acquièrent à titre onéreux, soit sur les immeubles d'un condamné à raison des frais de justice. — Ajoutons, avec M. Duranton, qui en a fait la très-juste remarque, que les principes généraux doivent faire admettre une autre exception dans tous les cas où l'hypothèque, avec laquelle le privilége vient en concours, affectait déjà l'immeuble du débiteur même dont le fait a donné naissance au privilége (1) : telle est l'hypothèque d'un précédent propriétaire d'un immeuble par rapport au privilége du vendeur de cet immeuble (*voy.* l'art. 2103); telle encore l'hypothèque acquise du chef du défunt ou d'un précédent propriétaire sur l'immeuble compris dans un partage, par rapport au privilége des copartageants.

2096-2097. — 27. Ces articles, comme nous l'avons dit plus haut, règlent l'ordre des créances privilégiées entre elles; mais il est clair que nos développements sur ce sujet si compliqué du concours et du classement des priviléges seraient difficilement compris s'ils n'étaient précédés de l'énumération des priviléges. L'ordre logique des idées nous oblige donc à renvoyer le commentaire des art. 2096 et 2097 : nous le placerons à la fin de la troisième section.

2098. — Le privilége, à raison des droits du trésor public, et l'ordre dans lequel il s'exerce, sont réglés par les lois qui les concernent.

Le trésor public ne peut cependant obtenir de privilége au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers.

---

(1) *Voy.* t. XIX, n° 26. — *Voy.* conf. MM. Valette (*Traité des priv. et hyp.*, n° 11), Mourlon (*Examen crit. et prat.*, n° 29).

SOMMAIRE.

I. La mobilité des lois fiscales justifie les rédacteurs du Code d'avoir renvoyé aux lois qui règlent les priviléges du Trésor public au lieu d'introduire les dispositions de ces lois dans le Code.

II. Mais il était bon de poser le principe, commun à toutes, que le Trésor ne peut en aucun cas obtenir un privilége au préjudice de droits acquis. — Sens et limites de ce principe.

III. *Privilége des douanes.* — La loi qui l'a constitué n'est pas abrogée par les lois ultérieures, du moins en ce qui concerne les redevables. — Il s'étend aux cautions solidaires des redevables et affecte la généralité des meubles et effets mobiliers, c'est-à-dire les objets sur lesquels la régie n'a rien à percevoir aussi bien que ceux pour lesquels les droits sont dus. — La douane est préférée à *tous autres créanciers*, sauf les exceptions établies par la loi spéciale. — Mais elle peut être privée de son privilége par suite de faits impliquant renonciation de sa part. — Jurisprudence.

IV. *Privilége de la régie de l'enregistrement pour les droits dus à l'occasion des mutations par décès.* — Ce privilége est l'œuvre de la jurisprudence; mais il est sans base dans la loi; il ne saurait donc être admis : renvoi.

V. *Privilége de la régie des contributions indirectes.* — Ce privilége est en tout conforme à celui de la douane, et, pas plus que celui-ci, il n'a été abrogé par les lois ultérieures, relativement aux redevables. — Il subsiste donc à leur égard et doit s'exercer dans les conditions déterminées : développements.

VI. *Privilége du Trésor sur les biens des comptables.* — Loi du 5 septembre 1807, son origine et ses motifs. — Il n'y a de soumis au privilége que ceux qui ont le maniement des deniers du Trésor; mais tous ceux qui ont ce maniement y sont astreints bien qu'ils ne soient pas mentionnés dans la loi ou ne soient pas justiciables de la Cour des comptes. — Le privilége a lieu : 1° sur les fonds du cautionnement : renvoi; 2° sur les meubles; il est général : développements; 3° sur les immeubles, mais il est limité et ne s'applique qu'aux immeubles acquis à titre onéreux depuis la nomination du comptable, soit par lui-même, soit par la femme même séparée de biens : développements.

VII. *Privilége pour les frais de justice criminelle.* — Autre loi du 5 septembre 1807. — Étendue du privilége : le recours du Trésor n'est que subsidiaire sur les immeubles. — Objet du privilége : il ne s'étend pas aux amendes ni, à plus forte raison, aux indemnités allouées aux parties civiles. — Rang du privilége : la loi indique les créances qui le priment; il en faut suivre les indications; controverse en ce qui touche les sommes dues pour la défense personnelle du condamné, etc. — Conservation du privilége : renvoi.

VIII. *Privilége pour le recouvrement des contributions directes.* — Loi du 12 novembre 1808. — Elle statue diversement sur l'impôt foncier et sur les autres contributions directes; mais la différence n'est réelle que par rapport aux choses sur lesquelles le privilége peut s'exercer : il est spécial sur certains meubles à l'égard de l'impôt foncier, et général sur les meubles pour les autres contributions directes. — En aucun cas, le privilége ne grève les immeubles du redevable. — La dette garantie par le privilége est limitée à celle de l'impôt de l'année échue et de l'année courante. — Le privilége s'exerce *avant tout autre*, sauf les frais de justice.

IX. *Privilége pour droits et amendes en matière de timbre.* — Il est semblable à celui des contributions directes. — Loi du 28 avril 1816 : renvoi.

X. *De quelques priviléges qui se rattachent à l'intérêt public.* — 1° Privilége des ouvriers employés par les entrepreneurs de travaux pour le compte de l'État : il ne s'étend pas au cautionnement de l'adjudicataire de travaux publics; il n'a pas lieu au profit des ouvriers employés à des travaux communaux, mais il a lieu dans le cas de travaux départementaux. — 2° Privilége établi en faveur des sous-traitants sur les sommes dues aux traitants par l'État à raison des fournitures faites au service de la guerre. — 3° Privilége en faveur de ceux qui ont fourni des fonds pour la recherche d'une mine, et du concessionnaire aux frais duquel s'est opéré le desséchement d'un marais.

I. — 28. Les priviléges attribués au Trésor public pour le recouvrement des diverses espèces d'impôts sont réglés par des lois spéciales auxquelles notre article renvoie. Dans les travaux préparatoires faits en 1841, en vue de la réforme alors projetée du régime hypothécaire, quelques Cours émirent le vœu que toutes ces lois fussent introduites dans le Code Napoléon. (*Voy*. notamment les observations des Cours de Grenoble et de Montpellier.) Probablement ce vœu n'eût pas été satisfait, et si les projets de réforme se fussent réalisés, les réformateurs eussent imité sur ce point la prudente réserve des rédacteurs du Code Les lois fiscales ont un caractère qui leur est propre. Les dispositions en peuvent être fréquemment modifiées, car elles reçoivent l'influence de circonstances diverses. Il est donc, et il sera toujours convenable de les laisser en dehors d'un code dont le caractère doit être, autant que cela est possible, la permanence et l'immutabilité. Mais si la loi peut procéder ainsi qu'elle le fait, par un simple renvoi, ce n'est pas à dire que le commentateur doive procéder de la même manière. Nous allons donc parcourir les diverses lois relatives aux priviléges du Trésor pour examiner au moins les difficultés principales qu'elles ont fait surgir.

II. — 29. Toutefois, nous nous arrêterons tout d'abord à un principe qui les domine toutes et que par ce motif notre article lui-même a cru nécessaire de formuler. C'est l'objet de son second paragraphe, d'après lequel le Trésor public ne peut, en aucun cas, obtenir de privilége au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers. Ainsi, un droit, quel qu'il soit, acquis à des tiers avant la promulgation d'une loi qui organise un privilége en faveur du Trésor, n'a pu recevoir aucune atteinte de la promulgation de cette loi. Le contraire eût été donner à la loi un effet rétroactif, et s'écarter en ce point particulier du principe de non-rétroactivité posé dans l'art. 2 du Code. Au lieu de cela, le législateur a voulu faire une application de ce principe; et c'est ce que dit le § 2 de l'art. 2098. Mais il ne dit rien de plus. Il faut donc se garder d'en conclure que par cela seul que le Trésor se trouverait en présence de créanciers nantis de droits plus anciens que ceux qu'il puiserait lui-même dans une loi constitutive d'un privilége en sa faveur, il n'aurait plus à invoquer le bénéfice de cette loi. On ne pourrait aller jusque-là sans détruire l'essence même du privilége, sans supposer que, vis-à-vis du Trésor, le privilége n'est plus ce droit qui se mesure à la faveur de la cause, mais qu'il est, au contraire, comme l'hypothèque, un droit dans lequel la préférence se règle par la priorité du temps. Or notre article ne dit rien de semblable, il ne contient pas un mot d'où l'on puisse induire cette dérogation à un principe fondamental en matière de privilége. Le tribunal de la Seine s'y est trompé pourtant, et, par un jugement du 28 mars 1838, il a refusé au Trésor le privilége *établi par la loi du 5 septembre 1807* pour le recouvrement des frais de justice en matière répressive, sous le prétexte que le condamné *ayant été déclaré en faillite en* 1831, cinq ans avant sa condamnation, il y avait eu, par l'ouverture de la faillite, un droit acquis à la masse, droit que le privilége du Trésor ne

pouvait pas attaquer aux termes de notre article. Mais cette décision a été justement infirmée (1).

Voyons maintenant les lois constitutives d'un privilége en faveur du Trésor en les prenant dans leur ordre chronologique.

III. — 30. *Privilége des douanes.* — La loi des 6-22 août 1791, pour l'exécution du tarif des droits d'entrée et de sortie dans les relations du royaume avec l'étranger, donne à la régie, par l'art. 22 du tit. XIII, « privilége et préférence à tous créanciers, sur les meubles et effets mobiliers des comptables, pour leurs débets, et sur ceux des redevables, pour les droits; à l'exception des frais de justice et autres privilégiés, de ce qui sera dû pour six mois du loyer seulement, et sauf aussi la revendication, dûment formée par les propriétaires, des marchandises en nature qui seront encore sous balle et sous corde. » — Le même article ajoute que « pareil privilége s'exercera sur les immeubles acquis par les comptables depuis le commencement de leur gestion. » Puis une autre loi du 4 germinal an 2, confirmative de la précédente, dit d'une manière plus générale et plus absolue, dans son art. 4 du tit. VI, que « la république est préférée à tous créanciers pour droits, confiscation, amende et restitution et avec contrainte par corps. »

31. Des deux priviléges que ces textes organisent, l'un sur les biens des redevables, l'autre sur ceux des comptables, celui-ci a été modifié par une loi ultérieure (5 septembre 1807) dont nous nous occuperons bientôt. On a prétendu même que ces textes ont été abrogés non-seulement par rapport à ce privilége, mais encore en ce qui concerne celui qu'ils consacrent en faveur du Trésor sur les effets mobiliers des *redevables*. Mais on n'insiste plus sur cette idée qui était évidemment erronée (2). (Voy. *infrà*, n° 36.) Au surplus, le privilége de la douane, dont l'existence avait été reconnue déjà par une lettre du grand juge, en date du 4 mai 1810, a été formellement confirmé par la loi des finances du 28 avril 1816. Le privilége pèse donc incontestablement sur le *redevable*. On admet même qu'il s'étend aux cautions solidaires des redevables (3). Et en effet, la caution solidaire étant tenue, dans les principes du droit commun, des mêmes obligations que le principal obligé, il s'ensuit que la caution d'un redevable devient ainsi redevable elle-même, et rentre dès lors dans les termes mêmes des lois constitutives du privilége. D'ailleurs, il faut reconnaître que la garantie du Trésor serait souvent nulle ou à peu près si l'on n'affectait au privilége le mobilier de la caution en même temps que celui de l'obligé principal; car, dans bien des circonstances, celui-ci n'est qu'un simple consignataire agissant pour un tiers dont le domicile peut être à l'étranger, ou un agent de transport qui n'attend pour s'éloigner que d'avoir la marchandise à sa disposition.

---

(1) C. de Paris, 4 mars 1839 (Dalloz, 39, 2, 108). — *Voy.* encore Cass., 6 juin 1809, et M. Troplong (*Priv. et hyp.*, t. I, n° 90).

(2) *Voy.* Cass., 14 mai 1816; Aix, 13 janv. 1823, arrêt maintenu, contre le pourvoi dont il a été l'objet, par arrêt de rejet du 14 déc. 1824.

(3) Req., 12 déc. 1822. — *Voy.* encore Req., 12 mai 1829.

32. Le privilége de la douane a, dans les termes de la loi, ce caractère fondamental qu'il affecte la généralité des meubles et effets mobiliers des redevables. On a plaidé cependant que ce privilége devait être restreint aux seules marchandises passibles de l'impôt; et dans une espèce où il s'agissait de distribuer le prix d'un navire saisi, de son chargement et du fret, on a soutenu que l'administration des douanes ne pouvait pas être colloquée à raison de droits dus par le propriétaire du navire pour des marchandises arrivées précédemment et sur un autre navire. Comme de raison, la prétention a été rejetée (1). Et en effet, outre qu'elle serait inconciliable avec le régime des entrepôts et le crédit des droits, elle est en opposition avec les termes généraux de la loi qui, en affectant les *meubles et effets mobiliers*, embrasse nécessairement et les objets pour lesquels des droits sont dus à la régie et ceux pour lesquels la régie n'a rien à percevoir.

33. La douane, selon l'expression de la loi du 4 germinal an 2, est préférée *à tous autres créanciers* à raison de son privilége. Mais cette loi n'a pas abrogé celle du 22 août 1791, et conséquemment il faut faire au principe les exceptions établies par cette dernière loi. Ainsi le privilége de la douane est primé par les frais de justice *et autres privilégiés*, c'est-à-dire, comme l'explique M. Troplong, n° 34 (et sauf ce que nous dirons encore en parlant du privilége des contributions directes, *infrà*, n° 53), par les frais funéraires, les frais de la dernière maladie, les gages des serviteurs et les fournitures de subsistances; il est primé aussi par les loyers de six mois, et enfin par le privilége du vendeur qui revendique les marchandises en nature. — Mais, en outre, il faut dire que l'administration des douanes perd son privilége ou s'interdit de l'exercer lorsqu'elle fait ou laisse faire des actes d'où l'on puisse induire la renonciation à ses droits. Par exemple, des marchandises mises en entrepôt sont vendues par celui qui les avait déposées, et la vente est accompagnée de déplacement, d'apposition de nouvelles marques, de tout enfin ce qui en peut rendre la consommation visible, et cela en présence des employés et sans réclamation aucune de leur part, il est clair que la régie ne peut plus exercer son privilége sur ces marchandises à raison de ce qui lui était dû personnellement par l'ancien propriétaire (2). Il y a là les indices d'une véritable renonciation. Mais, on le comprend, tout en ceci dépend des circonstances, et si les faits n'étaient pas assez significatifs dans le sens d'une renonciation, le privilége n'aurait pas cessé de rester attaché à la créance de la régie. C'est ainsi que la livraison partielle de marchandises a été considérée comme n'impliquant pas suffisamment renonciation de la part de la régie à son droit de se faire payer par privilége de ce qui lui était dû sur la portion des marchandises non livrées et restant encore dans ses magasins (3).

(1) *Voy.* l'arrêt déjà cité du 14 déc. 1824. — *Voy.* encore Rouen, 7 juin 1817.
(2) Rej., 27 frim. an 13.
(3) Cass., 3 déc. 1822.

IV. — 34. *Privilége de la régie de l'enregistrement pour les droits dus pour les mutations par décès.* — Ce privilége, auquel on a donné même dans une circonstance récente le caractère d'un droit de prélèvement, est exclusivement l'œuvre de la jurisprudence. La pensée était bien venue, lors de la discussion du Code Napoléon, de le classer au rang des priviléges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles; et en effet, les premières rédactions de l'art. 13 du projet (correspondant à l'art. 2104 du Code) disaient que ces priviléges sont : « 1°, 2°, 3°, le privilége en faveur de la régie des domaines, relativement aux droits dus pour les ouvertures de successions (1). » Mais la disposition fut supprimée dans la vue de réunir tous les droits du Trésor public dans un texte général qui pût se prêter à toutes les modifications. Or cela n'a pas été fait; de plus, de toutes les lois postérieures au Code Napoléon qui ont conféré un privilége au Trésor, il n'en est aucune qui lui ait donné cette garantie pour l'objet dont il s'agit ici. On était donc fondé à penser que, dans l'état actuel de la législation, la régie n'est pas fondée à y prétendre (2). Mais la jurisprudence en a décidé autrement. La Cour de cassation a jugé, par un premier arrêt suivi plus tard de deux autres (3), que la régie de l'enregistrement a un privilége pour le recouvrement des droits de mutation, et même que ce privilége ne se borne pas aux fruits des immeubles, qu'il s'étend à la totalité des valeurs mobilières et même, lorsque la régie a pris inscription, aux immeubles après le payement des créances inscrites antérieurement. Et depuis, si quelques décisions, se tenant dans la vérité des principes, ont rejeté cette doctrine (4), il est vrai de dire cependant que le plus grand nombre suivent l'impulsion donnée par la Cour régulatrice, et admettent, en faveur de la régie, un privilége plus ou moins étendu, celles-ci exprimant qu'il embrasse avec les revenus les autres biens de la succession, celles-là qu'il ne doit pas aller au delà des revenus des immeubles (5), d'autres, plus larges que toutes, déclarant que le droit de la régie s'exerce non pas à titre de *privilége*, mais plutôt à titre de *prélèvement* sur tous

---

(1) Fenet (t. XV, p. 30).

(2) C'est l'avis de Tarrible (*Rép. de Merlin*, v° Privilége, sect. 2, § 2, n° 7) et de MM. Dalloz (*Rép*, 1re édit., v° Enregistrement, ch. 1, sect. 13, n° 29), Toullier (t. VII, p. 162), Championnière et Rigaud (n° 3887) et Mourlon (*loc. cit.*, p. 55 et suiv.). — C'est aussi l'avis que nous avons exprimé dans le *Supplément* au *Traité des droits d'enregistrement*, n°s 547 et suiv. *Voy.*, en outre, la nouvelle édit. du *Rép.* de MM. Dalloz, v° Enregistrement, n°s 5177 et suiv. — *Adde* encore une dissertation de M. G. Demante, au journal *le Droit*, du 4 avril 1855, et dans la *Revue crit.*, t. VI, p. 295 et suiv.

(3) *Voy.* Cass., 3 déc. 1839, 1er avril 1846, et Rej., 28 juill. 1851.

(4) *Voy.* notamment un arrêt de Dijon, du 5 fév. 1848; deux arrêts d'Amiens, du 11 juin 1853 et 18 nov. 1854 (Dev. 53, 2, 537, et 54, 2, 47), et un jugement du tribunal de Caen, du 24 déc. 1840.

(5) *Voy.* Rouen, 18 août 1846; Bordeaux, 15 fév. 1849; trib. de Mantes, 30 juill. 1841; de Castel-Sarrazin, 31 juill. 1844. — *Junge* : Limoges, 18 juin 1808; Paris, 25 mai 1835.

les biens de la succession (1). Et la doctrine fournit ses partisans à chacune de ces nuances (2).

A nos yeux, tous ces systèmes sont également inadmissibles, et assurément ils n'auraient pas eu l'occasion de se produire, si la loi consacrait réellement en faveur de la régie le privilége sur la supposition duquel toutes ces théories sont fondées. La loi n'aurait pu manquer, en effet, d'être assez précise pour qu'on s'entendît au moins en ce qui concerne les biens affectés à ce privilége qu'elle aurait créé. Nous tirons de là une première objection contre l'existence du privilége. Nous en puiserons une autre dans l'origine qu'on lui assigne. Remarquons, en effet, que tous ceux qui l'admettent ou le supposent le font dériver de la loi fondamentale sur l'enregistrement, du 22 frimaire an 7. Or, quelle probabilité y a-t-il que cette loi soit réellement le principe du privilége, quand on sait que cinq ans environ après sa date les rédacteurs du Code proposaient d'inscrire au rang des priviléges s'étendant aux meubles et aux immeubles celui de la régie des domaines relativement aux droits dus pour les ouvertures de successions. Evidemment, si le privilége de la régie eût été établi déjà par la loi de l'an 7, les rédacteurs du Code n'auraient pas eu, en l'an 12, la pensée de l'établir de nouveau. Et maintenant qu'on prenne, dans cette loi de frimaire, le texte même d'où le privilége résulterait, et l'on verra s'il est possible de lui donner cette signification. Ce texte serait celui de l'art. 32, non pas de cet article isolé, car il ne parle en aucune manière ni de privilége ni de préférence, mais de l'art. 32 rapproché de l'art. 15 dans lequel on voit que le droit est établi sur la valeur des biens à déclarer sans distraction des charges. Mais en quoi cet article rapproché de l'art. 15, par lequel la loi donne à la régie à la fois une action personnelle, solidaire, contre les cohéritiers et une action sur les revenus des biens à déclarer, fait-il naître l'idée d'un privilége? Nous ne saurions le voir. La loi, dans tout ceci, s'occupe de deux objets qui n'ont évidemment pas la moindre corrélation avec l'idée que l'action de la régie serait privilégiée : l'un, en effet, est de fixer la valeur sur laquelle le droit doit être calculé, et de là il est vraiment impossible d'induire aucun privilége en faveur du fisc à l'égard des autres créanciers de la succession ; l'autre est de créer une obligation solidaire à la charge des *cohéritiers* en déterminant la chose sur laquelle devra porter l'action de la régie, ce qui encore est on ne peut plus éloigné de la pensée d'un privilége, puisque par essence le privilége s'exerce entre *créanciers*. Nous n'insistons pas davantage. Aussi bien nous avons développé ces idées ailleurs avec d'autres encore

(1) *Voy.* deux arrêts de la Cour de Paris, en date du 13 mars 1855 (Dev., 55, 2, 101 et suiv.).

(2) La première opinion est enseignée par MM. Persil sur l'art. 2098, n° 24; Grenier (t. II, n° 418), et Favard (v° Privilége, sect. 2, § 2); la deuxième est soutenue par M. le premier président Troplong (t. I, n° 97), et la troisième a été présentée par M. le premier avocat général de Labaume, devant la Cour de Paris, lors des arrêts cités à la note précédente.

qui viennent à l'appui de la même doctrine (1). Nous y renvoyons le lecteur, en persistant dans cette opinion qu'un nouvel examen a pleinement confirmée.

V. — 35. *Privilége de la régie des contributions indirectes.* — Les contributions indirectes tiennent, du décret du 1er germinal an 13, concernant les droits réunis, etc., un privilége semblable à celui des douanes : l'art. 47 de ce décret est, en effet, la reproduction de l'art. 22, titre XIII de la loi des 6-22 août 1791, dont nous avons donné le texte. (*Voy.* n° 30.) Ainsi, cet article 47 a créé, au profit du Trésor, sur les meubles et effets mobiliers de deux classes distinctes de débiteurs, celle des comptables pour leurs débets et celle des redevables pour les droits par eux dus, un privilége dont l'exercice doit avoir lieu par préférence à toute autre créance, à l'exception des frais de justice, de ce qui est dû pour six mois de loyer seulement, et sauf aussi la revendication dûment formée par les propriétaires des marchandises en nature qui seront encore sous balle et sous corde.

36. Il faut rappeler encore ici que des deux priviléges organisés par cet article, celui qui grève les meubles des *comptables* a seul été modifié par la loi du 5 septembre 1807 dont nous allons parler, et que cette loi n'ayant rien dit des *redevables*, il s'ensuit que le privilége subsiste à leur égard. (N° 31.) La Cour de cassation s'y était d'abord trompée, et, par un premier arrêt (2), elle avait décidé que la loi précitée du 5 septembre 1807 a abrogé, par le retour au droit commun, l'exception limitant l'exercice du privilége du propriétaire, vis-à-vis de l'administration des contributions indirectes, à six mois de loyers, et en conséquence, que dans une distribution par contribution, le propriétaire peut réclamer un privilége, avant le Trésor, pour la totalité de ses loyers échus et non pas seulement pour six mois. Mais cet arrêt a été, paraît-il, le résultat d'une surprise et d'un malentendu (3), et la Cour de cassation n'a pas tardé à abandonner sa première doctrine et à reconnaître par de nombreux arrêts que le droit commun ici ne fait pas obstacle à des dispositions exceptionnelles avec lesquelles, au contraire, il doit se combiner, et que la loi du 5 septembre 1807, qui statue seulement à l'égard des comptables pour dire que le privilége accordé sur leurs biens au Trésor ne s'exerce néanmoins qu'après les priviléges des art. 2101 et 2102, n'a pu porter atteinte qu'à la partie du décret du 1er germinal an 13 concernant les *comptables*, en laissant dans toute sa force celle qui s'applique aux *redevables* dont elle ne parle pas (4).

37. Donc, vis-à-vis des redevables, le privilége des contributions indirectes subsiste tel qu'il a été établi par l'art. 47 du décret du 1er germinal an 13; et dès lors il devra s'exercer dans les conditions

---

(1) Voy. *suprà*, la note 2 de la page 24.
(2) Req., 27 fév. 1833.
(3) *Voy.* M. Troplong (*Priv. et hyp.*, t. I, n° 99, à la note).
(4) Rej., 11 mars 1835; Cass., 28 août 1837, 18 fév. 1840, 18 janv. 1841; Rej., 26 janv. 1852 (Dalloz, 52, 1, 55).

déterminées par le décret et suivant les règles exposées déjà à l'occasion du privilége des douanes. (Nos 31 et suiv.) Ainsi, le privilége s'étendra aux meubles des cautions solidaires des redevables (1) aussi bien qu'à ceux des redevables eux-mêmes (n° 31) ; il affectera la généralité des meubles et effets mobiliers des débiteurs (n° 32), et il primera toutes les autres créances, sauf les exceptions déterminées par la loi. (N° 33.) Il sera donc primé par les frais de justice d'abord, ensuite par le privilége du propriétaire, mais seulement à raison de ce qui est dû à celui-ci pour six mois de loyers (2), ce qui d'ailleurs devra s'entendre des loyers dus actuellement et abstraction faite de ceux que le locataire aurait payés par anticipation à son entrée en jouissance (3), et enfin il n'existera que sauf le droit de revendication consacré en faveur des tiers de bonne foi, droit, du reste, qui pourra s'exercer non-seulement sur les *marchandises en nature sous balle et sous corde,* ainsi que le dit l'art. 47 du décret, mais encore sur tous autres objets trouvés entre les mains du redevable et dont le tiers revendiquant établirait qu'il a la propriété (4).

VI. — 38. *Privilége du Trésor sur les biens des comptables.* — Dans les premières années qui suivirent la promulgation du Code Napoléon, il arriva que quelques tribunaux méconnurent les priviléges que les lois de tous les temps avaient accordés aux deniers publics, sous le prétexte que ce Code, en révoquant les lois antérieures, n'avait point excepté les lois faites en faveur du Trésor. Une circulaire du ministre de la justice (5) signale cet état de choses et s'en plaint; et c'est avec raison, puisque l'art. 2098, en disant que le privilége pour les droits du Trésor public et l'ordre dans lequel il s'exerce sont réglés par les lois qui les concernent, annonçait de la manière la plus explicite et la plus nette que ces lois subsistaient dans toute leur vigueur. Néanmoins, les tribunaux persistant dans leur résistance, il parut nécessaire de rendre leur puissance aux principes établis à cet égard par les lois antérieures au Code Napoléon. De là la loi du 5 septembre 1807 qui, s'inspirant des anciens monuments législatifs (Edit d'août 1669, Décl. des 11 sept. 1673, 4 nov. 1680, 27 janv. 1685, 5 juill. 1689, 2 oct. 1694, 4 juin 1737, 18 mars 1738 et janv. 1782), a organisé le privilége du Trésor public sur les biens des comptables. Plus tard, un avis du conseil d'Etat, approuvé le 25 février 1808, a étendu le privilége consacré par cette loi au Trésor de la couronne, par ces motifs « que les dépenses nécessaires pour la représentation de la Souveraineté sont des dépenses publiques, toujours à la charge du Trésor

---

(1) Cass., 18 janv. 1841.

(2) Sans y ajouter même les accessoires de la créance, comme les frais faits par le propriétaire pour assurer le payement des loyers, à moins qu'ayant eu pour résultat de conserver le gage de tous les créanciers, ces frais doivent être colloqués au premier rang comme frais de justice. Nancy, 13 juill. 1853 (Dalloz, 54, 2, 68).

(3) Cass., 18 fév. 1840; Rej., 26 janv. 1852.

(4) Req., 19 déc. 1844.

(5) *Voy.* Circ. min. du 26 fév. 1807 (Sirey, t. VIII, part. 2, p. 31).

public, soit directement, soit indirectement; qu'ainsi le Trésor de la couronne n'est, à proprement parler, qu'une fraction du Trésor public. » — Sur ces textes, deux difficultés se présentent : l'une de savoir quels sont les comptables que la loi a en vue, l'autre de fixer la mesure dans laquelle les biens du comptable sont grevés du privilége.

39. On peut dire, en thèse générale, que les comptables sont ceux qui, opérant des recettes et effectuant des payements, ont le maniement des deniers du Trésor (1). C'est en ce sens que Ferrière, dans l'ancien droit, rangeait, sous la qualification de comptable, tous ceux « qui manient ou qui ont manié les deniers publics ou ceux du roi. » (*Dict. de prat.*, v° Comptable.) Ainsi, on placera sans difficulté parmi les comptables les receveurs généraux de département, les receveurs particuliers d'arrondissement, les payeurs généraux et divisionnaires, les payeurs de département, des ports et des armées, les trésoriers, les receveurs et payeurs du Trésor de la couronne. Tous ces comptables sont, en effet, désignés nommément, soit dans la loi du 5 septembre 1807 (art. 7), soit dans l'avis du conseil d'Etat du 25 février 1808. Mais on n'y rangera ni les percepteurs des contributions ni les fournisseurs des armées, les premiers parce qu'ils ne sont que de simples collecteurs, préposés des receveurs généraux, n'ayant jamais de compte avec le Trésor, obligés qu'ils sont de faire leurs versements à mesure qu'ils perçoivent (2), les autres parce que, ne recevant des fonds qu'à titre de payement et n'acceptant ces fonds que comme payement, ils ne peuvent, ni de fait ni de droit, être considérés comme ayant le maniement de deniers publics, alors même qu'ils recevraient par anticipation, et même au delà de ce qui leur serait légitimement dû (3).

Mais c'est uniquement parce que, soit les percepteurs, soit les fournisseurs des armées, n'ont pas le maniement de deniers publics que nous ne les rangeons pas parmi les *comptables* dans le sens de la loi du 5 septembre 1807, astreints à ce titre au privilége établi par cette loi; et ce n'est pas, comme paraît le supposer M. Troplong (t. II, n° 430 *bis*), parce que ces agents ne sont pas compris dans l'énumération faite dans l'art. 7 de la loi de 1807. Nous pensons, au contraire, que cette énumération, faite à un point de vue particulier, celui de prescrire certaines mesures propres à assurer l'exercice du privilége, n'est nullement exclusive et ne peut avoir pour effet d'exonérer tous autres comptables qui, ayant un maniement de deniers publics, se trouvent par cela seul dans les conditions d'où dérive le privilége établi par la loi en faveur du Trésor. Nous ne dirons pas non plus, avec Tarrible (4), que le vrai *comptable* est celui qui, comme tel, est soumis à la juridiction du tribunal établi pour le jugement des comptes. Justi-

(1) Grenier (t. I, p. 626 et suiv.), Tarrible (*Rép. de Merlin*, v° Hypothèque, sect. 2, § 3, art. 4, n° 4), MM. Persil (sur l'art. 2121, n° 43), Duranton (t. XIX, n° 323), Troplong (n° 430).

(2) *Voy*. Colmar, 10 juin 1820.

(3) *Voy*. Rej., 3 mars 1843. — *Voy*. encore Paris, 4 fév. 1854 (Dalloz, 55, 2, 49).

(4) *Rép. de Merlin*, v° Hypothèque, sect. 2, § 3, art. 4, n° 4.

ciable ou non de la Cour des comptes, celui qui est chargé d'un maniement quelconque de deniers publics est nécessairement *comptable* dans le sens de notre loi Et cette doctrine a été récemment consacrée par la Cour de cassation, qui a vu dans un agent comptable des bâtiments civils en Algérie un comptable dans le sens des dispositions constitutives d'un privilége au profit du Trésor public, bien qu'un tel agent ne figure pas parmi les comptables désignés dans l'art. 7 de la loi de 1807, et qu'il ne soit pas directement soumis à la Cour des comptes (1).

40. Le privilége du Trésor public a lieu sur tous les biens meubles des comptables, sur les fonds de cautionnement et sur certains immeubles. (L. 5 septembre 1807, art. 3 et 4.) — En ce qui touche le cautionnement, il conviendra de nous en occuper à l'occasion de la règle générale posée dans le n° 7 de l'art. 2102. (Voy. *infrà*, au commentaire de cet article.) Mais nous avons à insister ici, et distinctement, sur les meubles et sur les immeubles.

41. Quant aux meubles d'abord, le privilége qui les affecte au profit du Trésor public est on ne peut plus général. Il est primé par d'autres priviléges, car la loi spéciale le place après les priviléges généraux et particuliers énoncés aux art. 2101 et 2102 Code Napoléon. (L. 5 septembre 1807, art. 2.) Mais en ce qui concerne son étendue, il est aussi complet que possible sur les meubles : la loi dit, en effet, par son art. 2, qu'il a lieu *sur tous les biens meubles* des comptables. Elle veut, en outre, par le même article, que le privilége ait lieu, *même à l'égard des femmes séparées de biens*, pour les meubles trouvés dans les *maisons d'habitation du mari*, à moins qu'elles ne justifient légalement que lesdits meubles leur sont échus de leur chef, ou que les deniers employés à l'acquisition leur appartenaient. Dans tout ceci, cependant, il convient d'apporter une juste mesure, et il ne faut donner ni trop ni trop peu à l'interprétation de la loi. Ainsi, d'une part, le privilége a lieu, même à l'égard de la femme séparée de biens, pour les meubles trouvés dans les *maisons d'habitation du mari*. Nous concluons de là que le privilége n'aurait pas lieu pour les meubles que la femme aurait achetés en son nom et qu'elle aurait déposés ailleurs que dans la maison d'habitation de son mari, sauf, dans ce cas, à l'administration à faire tomber la présomption de propriété qui milite en faveur de la femme et fait obstacle à l'exercice du privilége du Trésor. Mais nous n'en concluons pas que l'*habitation du mari* doive s'entendre exclusivement de la maison qu'il habite réellement. Ainsi, telle maison appartient à la femme séparée de biens ou a été louée en son nom, le mari ne l'habite pas en fait, mais il a le droit de l'habiter; cela suffit : et si des meubles sont trouvés dans cette maison, le Trésor y pourra exercer son privilége, non moins que sur ceux qui se trouveraient dans la maison réellement habitée par le comptable (2). Au fond, cela s'induit, d'ailleurs, du texte même de la loi : ce n'est pas sans raison

(1) Req.. 5 mars 1855 (Dalloz, 55, 1, 251).
(2) Conf. MM. Persil (sur l'art. 2098), Duranton (t. XIX, n° 231).

qu'en statuant ainsi qu'elle l'a fait, elle a parlé au pluriel *des maisons* d'habitation du mari. — D'une autre part, le privilége n'a lieu, même à l'égard de la *femme séparée de biens*, que sous la réserve, en faveur de celle-ci, de prouver légalement que les meubles lui appartiennent. Nous n'en concluons pas qu'il faille nécessairement que la femme soit séparée de biens pour qu'elle soit admise à jouir de la réserve faite par la loi, c'est-à-dire à prouver sa propriété. Sans doute la femme non séparée parviendra bien plus difficilement que la femme séparée à faire la preuve relativement à des meubles qui se trouvent confondus avec ceux de son mari, et c'est pour cela que la loi n'a parlé que de la femme séparée. Mais enfin, elle pourra peut-être faire cette preuve, et il est clair que la loi n'a pas pu vouloir lui interdire même de le tenter (1).

42. Par rapport aux immeubles, le privilége du Trésor n'est pas, il s'en faut de beaucoup, général comme par rapport aux meubles. Il est limité : 1° aux immeubles acquis à titre onéreux par les comptables *postérieurement à leur nomination;* 2° à ceux acquis au même titre, et depuis cette nomination, par leur femme même séparée de biens, à l'exception toutefois des acquisitions à titre onéreux faites par les femmes lorsqu'il sera légalement justifié que les deniers employés à l'acquisition leur appartenaient. (Art. 4.) Ainsi les immeubles qui appartenaient au comptable avant sa nomination sont affranchis du privilége; le Trésor n'a sur ces immeubles qu'une hypothèque légale dans les termes des art. 2121 et 2134. (*Voy.* Comm. de ces articles et l'art. 6 de la loi du 5 sept. 1807.) — D'ailleurs le privilége lui-même tel qu'il est établi par la loi se conserve par les moyens indiqués aux art. 2106-2113 (ce que nous expliquons en commentant ces articles); et, en aucun cas, il ne peut préjudicer : 1° aux créanciers désignés dans l'art. 2103 du Code Napoléon, lorsqu'ils ont rempli les conditions prescrites pour obtenir privilége; 2° aux créanciers désignés aux art. 2101, 2104 et 2105, dans le cas prévu par le dernier de ces articles; 3° aux créanciers du précédent propriétaire qui auraient, sur le bien acquis, des hypothèques légales indépendamment de l'inscription ou toute autre hypothèque valablement inscrite. (Art. 5.)

Telle est la loi : ici encore il ne faut donner ni trop ni trop peu à l'interprétation.

Ainsi, les immeubles grevés du privilége sont ceux qui ont été acquis *à titre onéreux,* parce que la loi suppose que l'acquisition a été ou a pu être faite avec les deniers de l'Etat. Donc, le privilége ne pèsera pas sur l'immeuble acquis à titre gratuit ou provenant d'un échange fait sans soulte ni retour à la charge du comptable; mais au contraire il pèsera sur les immeubles qui procéderaient d'une libéralité avec charges, si les charges sont telles qu'elles puissent être considérées comme constitutives d'un prix (2).

(1) Conf. MM. Persil (*loc. cit.*), Dalloz (vº Priv. et hyp., chap. 1, sect. 2, art. 3, nº 6).

(2) Req., 5 mars 1855 (Dev., 55, 1, 251; Dall., 55, 1, 127).

Ainsi encore, le privilége atteint non-seulement l'immeuble acquis par le comptable lui-même, dans les conditions déterminées, mais encore celui que sa femme, même séparée de biens, aurait pu acquérir : la femme est en ceci, aux yeux de la loi, une personne interposée ; et comme la loi suppose que l'acquisition, faite en apparence par la femme, est en réalité pour son mari, elle veut, sauf la preuve contraire qu'elle réserve à la femme, que l'immeuble acquis demeure grevé du privilége. La loi ne parle que de la femme. Donc la présomption ne pourra être opposée qu'à elle ; et si un immeuble était acquis par tout autre, par le fils du comptable, par exemple, par son père, par un proche parent, le bien acquis resterait entre les mains de l'acquéreur exempt du privilége. Mais pourtant si l'acquéreur n'a été que le prête-nom du comptable, si, en réalité, l'immeuble a été acquis pour celui-ci, il faudra bien que la fraude soit déjouée et que la loi ait son effet (1) : seulement, comme, à l'inverse du cas précédent, la présomption ici est en faveur de l'acquéreur, ce sera au Trésor qu'incombera la charge de la preuve, et il n'aura son privilége sur l'immeuble acquis qu'autant que l'interposition de personne et la fraude seront établies.

Ainsi enfin, le privilége porte seulement sur les immeubles acquis *depuis la nomination du comptable;* car les acquisitions antérieures ne peuvent pas avoir été faites avec les fonds de l'Etat. Donc le privilége du Trésor ne s'étendra pas à l'immeuble que le comptable aurait payé après sa nomination, si, en fait, il l'avait acquis avant d'être nommé. Car d'une part la vente est parfaite entre les parties dès qu'on est convenu de la chose et du prix, et la propriété est acquise quoique le prix n'ait pas encore été payé (Code Nap., art. 1583); et, d'une autre part, la présomption de la loi ne saurait s'élever au même degré contre celui qui, ayant acquis avant d'être comptable, peut-être avant de savoir qu'il le deviendrait, a dû se fier à ses propres ressources pour solder le prix de son acquisition (2) Mais, au contraire, le privilége du Trésor grèverait l'immeuble acquis, si l'acquisition même se plaçait entre la nomination du comptable et son entrée en fonctions, le prix fût-il payé même avant l'entrée en fonctions. C'est l'opinion à peu près unanime (3); M. Mourlon, cependant, y voit de la difficulté, et il reprend assez vivement les auteurs pour l'avoir admise (4). A ses yeux, l'établissement du privilége est subordonné à trois conditions : l'acquisition à titre onéreux, l'acquisition postérieure à la nomination, et l'acquisition par un comptable. Or, dit-il, si les deux premières conditions se réalisent ici, la troisième fait défaut, car le titre de *comptable* est par essence subordonné à la perception des fonds de l'Etat, ce qui n'a pas lieu dans l'espèce supposée. M. Mourlon se trompe; et il y a quelque subtilité, ce nous semble, à séparer ainsi le titre et l'exercice de la fonction. Il

(1) Limoges, 22 juin 1808. — Conf. MM. Troplong (n° 92), Persil (art. 2098, n° 6).

(2) *Voy*. M. Troplong (*loc. cit.*). — *Junge* MM. Persil (sur l'art. 2098, n° 9), Dalloz (*loc. cit.*).

(3) *Voy*. les auteurs cités à la note précédente.

(4) *Examen crit. et prat.*, n° 45.

faut dire, au contraire, que c'est le titre même qui constitue le fonctionnaire. Et comme, une fois nommé, on est notaire même avant d'avoir instrumenté, juge avant d'avoir jugé, avoué avant d'avoir postulé, avocat avant d'avoir donné son premier avis ou plaidé sa première cause, de même, une fois nommé, on est receveur général ou particulier, même avant d'avoir pris possession de sa recette. Il y a, d'ailleurs, si peu d'intervalle entre la nomination et l'entrée en fonctions, que la présomption de la loi peut bien militer contre celui qui est nommé et qui ne gère pas encore tout comme elle milite contre le comptable en exercice; et il y a un véritable intérêt à ce qu'elle milite contre lui, car qui assure que celui qui choisit le moment où il vient d'être nommé pour acquérir, n'a pas payé à l'aide d'un emprunt fait dans la pensée de rembourser avec ces fonds de l'Etat qu'il ne perçoit pas encore aujourd'hui, mais qu'il est assuré de percevoir demain?

VII. — 43. *Privilége pour les frais de justice criminelle.* — Une autre loi rendue aussi le 5 septembre 1807, à la même date par conséquent que la précédente, organise le mode de recouvrement des frais de justice au profit du Trésor public, en matière criminelle, correctionnelle et de police. Aux termes de cette loi, le Trésor public a un privilége général sur les meubles et effets mobiliers du condamné, lequel privilége ne s'exerce néanmoins qu'après les priviléges désignés aux art. 2101 et 2102 du Code Napoléon, et les sommes dues pour la défense personnelle du condamné (art. 2); le privilége porte ensuite sur les immeubles; mais il n'a lieu qu'à la charge de l'inscription, dans les deux mois à dater de la condamnation, passé lequel délai les droits du Trésor ne s'exerceront qu'en conformité de l'art. 2113 du Code Napoléon; et il ne vient qu'après: 1° les priviléges des art. 2101 et 2103; 2° les hypothèques légales antérieures au mandat d'arrêt ou au jugement de condamnation; 3° les autres hypothèques en tant que les créances auront été inscrites avant le privilége du Trésor, et résulteront d'actes ayant date certaine antérieure auxdits mandat d'arrêt ou jugement; 4° enfin, les sommes dues pour la défense personnelle du condamné. (Art. 3 et 4.) Sur quoi quatre points sont à considérer: l'étendue du privilége, son objet, son rang, et sa conservation sur les immeubles.

44. — La loi affecte distinctement au privilége du Trésor les meubles et les immeubles du condamné. Mais le recours du Trésor sur les immeubles n'est que *subsidiaire*. Les créanciers de l'art. 2101, dont le privilége s'étend aussi aux meubles et aux immeubles (art. 2104), ne l'exercent sur les immeubles que subsidiairement (art. 2105). Il répugnerait assurément que le privilége du Trésor, moins favorable que celui de ces créanciers, fût traité cependant plus favorablement sous ce rapport. On a, d'ailleurs, fait remarquer très-justement que l'intention du législateur s'est manifestée très-nettement en ce sens dans les discussions qui ont précédé l'art. 2104 du Code Napoléon (1). Cet ar-

(1) *Voy.* MM. Persil (art. 2104, n° 1), Maleville (t. IV, p. 255), Dalloz (*loc. cit.*, n° 12), Troplong (n° 94 ter).

ticle, en effet, mentionnait dans sa rédaction primitive le privilége du Trésor public, à côté de celui des créances de l'art. 2101, comme devant s'étendre aux meubles et aux immeubles ; en sorte que, lorsque l'art. 2105 venait ensuite déclarer que le recours ne serait que subsidiaire sur les immeubles, il faisait une déclaration commune au privilége du Trésor et à celui des créanciers de l'art. 2101. A la vérité, le privilége du Trésor a cessé de figurer dans l'art. 2104 ; mais la pensée des rédacteurs de la loi subsiste dans toute sa force au point de vue dont il s'agit ici, car on sait que le retranchement, absolument étranger à ce point de vue, n'a été fait que dans le but de réunir tous les droits du Trésor public dans un texte général. (Voy. *suprà*, n° 34.) Ces idées paraissent avoir été contestées devant la Cour de Nancy, mais sans succès, car la prétention de l'administration a été repoussée *tout d'une voix*, selon l'expression de M. Troplong, par un arrêt du 12 juillet 1834, qui, ayant été déféré ensuite à la Cour de cassation, a été suivi d'un arrêt de rejet par lequel il est décidé que le privilége du Trésor pour le recouvrement des frais de justice s'exerce de la même manière que ceux de l'art. 2101 ; et, en conséquence, que le Trésor ne peut recourir sur les immeubles du débiteur qu'autant qu'il n'a pas négligé de faire valoir son privilége sur le mobilier (1).

45. — Le privilége a pour objet, d'après les termes mêmes de la loi, *les frais de justice* en matière criminelle, correctionnelle et de police. Ce n'est donc que pour les frais exposés que le privilége est établi ; et, par suite, il ne faut pas l'étendre aux amendes prononcées contre le condamné. La créance du Trésor, pour cet objet, sera garantie par une hypothèque judiciaire, car elle est née d'un jugement, ce qui la place sous le principe posé par l'art. 2123 du Code Napoléon (2). Mais de privilége, soit sur les meubles, soit sur les immeubles, il n'en peut être question, puisque les amendes aujourd'hui constituent des peines, non des frais, et que les termes de la loi excluent l'idée que le privilége ait pour objet autre chose que les frais (3). A plus forte raison le privilége ne s'étendra-t-il pas aux indemnités qui peuvent être allouées aux parties civiles. Il en eût pu être autrement, sous la loi du 18 germ. an 7, relativement au remboursement des frais de justice en matière criminelle, parce que l'art. 5 de cette loi disposait que ces indemnités seraient prises sur les biens des condamnés, *avant les frais adjugés à la République*. Mais cette loi a été abrogée en ce point par celle du 5 pluviôse an 13, qui, au contraire, met les parties civiles dans cette position d'acquitter elles-mêmes ou de rembourser les frais de poursuite, sauf leur recours contre les condamnés. Elles ne peuvent donc prétendre à être colloquées, pour les indemnités, avant les frais adjugés au Trésor

(1) Rej., 22 août 1836 (*J. du P.*, à sa date ; Dev., 36, 1, 625 ; Dall., 36, 1, 447).

(2) *Voy.* MM. Duranton (t. XIX, n° 236) et Mourlon (*Examen crit. et prat.*, n° 54).

(3) Req., 7 mai 1816 ; Paris, 3 fruct. an 12 ; Rouen, 13 oct. 1806. — Conf. Grenier (t. II, n° 410) et MM. Persil (art. 2098, n° 20), Dalloz (*loc. cit.*, n° 9) Troplong (n° 95 ter).

public, envers lequel elles sont au contraire responsables de ces mêmes frais (1).

46. — Quant au rang du privilége, la loi elle-même s'est attachée à indiquer les créances par lesquelles le Trésor est primé tant sur les meubles que sur les immeubles. On ne saurait mieux faire que suivre son indication. Ainsi elle a dit que le privilége du Trésor ne s'exercerait sur les meubles qu'après les priviléges désignés aux art. 2101 et 2102 du Code Napoléon et les sommes dues pour la défense personnelle du condamné. Donc, il faudra classer en première ligne les créanciers de l'art. 2101 et 2102, immédiatement ensuite le défenseur, le Trésor en troisième ligne, et après lui les autres créanciers que le condamné pourrait avoir. Ce classement est néanmoins très-gravement contesté. On a dit que si la loi accorde une préférence aux droits de la défense sur ceux du Trésor, c'est seulement vis-à-vis du Trésor, et que la créance du défenseur n'ayant été déclarée privilégiée par aucune loi, cette créance ne peut et ne doit jamais nuire aux autres créanciers du condamné. Et on a imaginé un système dans lequel le Trésor, commençant par céder son droit à la défense en lui abandonnant ce qu'il reçoit jusqu'à concurrence de ce qui est dû à celle-ci, vient ensuite, du chef de la défense et pour la somme qu'il lui a abandonnée, à la contribution avec les autres créanciers sur ce qui peut rester à partager (2). Mais, il faut le dire, ce système n'est ni logique ni légal. Il n'est pas logique d'abord, car si le Trésor prend la place de la défense pour venir à une distribution par contribution avec les créanciers du condamné, il est bien clair qu'il y vient du chef de la défense, en sorte qu'en réalité c'est la défense qui amoindrit les droits de ceux-ci, et leur nuit par conséquent, ce qu'on dit cependant ne devoir et ne pouvoir pas être. Ensuite le système n'est pas légal, car il repose sur la supposition qu'aucune loi n'a déclaré privilégiée la créance du défenseur. Or, précisément, la loi du 5 septembre 1807, qui est bien une loi peut-être, pose nettement le privilége du Trésor pour les frais de justice criminelle, et après avoir consacré ce privilége du Trésor, elle déclare positivement que la créance du défenseur lui sera préférée! N'est-ce pas là établir le privilége de la manière la plus énergique? Le mot n'y est pas, nous le voulons bien; mais la chose y est assurément! car dire qu'une créance sera préférée à une autre créance qui est déclarée privilégiée, c'est dire évidemment que la première aussi sera privilégiée, c'est établir le droit sinon par la dénomination qui lui est propre, au moins par l'effet qu'il produit habituellement. Nous le répétons donc, il faut ici s'en tenir à la lettre de la loi et suivre ses indications. C'est l'avis qui tend à prévaloir (3).

---

(1) *Lettre du grand juge*, du 19 mars 1808. — *Voy*. M. Dalloz (*loc. cit.*, p. 70, note 2).

(2) *Voy*. MM. Tarrible (*Rép. de Merlin*, v° Privilége, sect. 2, § 2, n° 7), Dalloz (*loc. cit.*, ch. 1, sect. 2, art. 2, n° 4), Troplong (n° 36).

(3) Il a été consacré par le tribunal d'Alby, dans un jugement du 8 décembre 1853, très-soigneusement motivé (Dalloz, 55, 3, 6). — Conf. MM. Valette (*Des priv. et hyp.*,

47. — De même, quant au privilége sur les immeubles, le Trésor ne peut l'exercer, suivant l'art. 4 de la loi, qu'après le privilége des articles 2101 et 2103, les hypothèques légales antérieures au mandat d'arrêt ou au jugement de condamnation, et les autres hypothèques pourvu qu'elles soient inscrites avant le privilége du Trésor et qu'elles résultent d'actes ayant date certaine antérieure à ces mêmes mandat ou jugement. On suivra aussi ces indications, en observant toutefois que le mandat de dépôt, qui n'était pas connu en 1807, devra produire le même effet que le mandat d'arrêt, aujourd'hui surtout que, par suite de la loi du 4 avril 1855, modificative de l'art. 94 du Code d'instruction criminelle, le mandat de dépôt se confond plus que jamais avec le mandat d'arrêt

48. — Mais la loi ne s'explique pas sur les *aliénations*. Elle ne parle que de l'ordre et de la préférence entre les créanciers dans la distribution du prix des biens du condamné. Le ministre de la justice en a conclu, dans une lettre en date du 9 août 1808 (1), que le privilége ou l'hypothèque du fisc ne peut affecter les biens *aliénés* avant le jugement de condamnation, parce que, dit-il, le prévenu jusque-là conserve l'exercice de ses droits civils et la capacité de disposer de ses biens; en sorte qu'il ne reste au Trésor, comme aux autres créanciers, que le droit de provoquer la rescision des aliénations simulées ou qui seraient faites en fraude de ses droits. Mais cette appréciation a été justement contestée (2). L'effet naturel et nécessaire du privilége est de s'attacher à l'immeuble et de le suivre dans ses mutations. D'ailleurs, en défendant l'hypothèque, ou en ne permettant pas d'en tenir compte vis-à-vis du Trésor, dès que la créance hypothécaire n'a pas date certaine, antérieure au mandat d'arrêt ou au jugement de condamnation, la loi a défendu la vente par la force même des choses, car vendre l'immeuble est plus encore que l'hypothéquer. Sans cela, toutes les prévisions du législateur seraient trompées, et le gage du Trésor, protégé contre le danger d'hypothèques simulées, n'en serait pas plus assuré, puisqu'il pourrait s'évanouir par l'effet d'aliénations frauduleuses. — Toutefois, en aucun cas, la vente, quoique postérieure au mandat d'arrêt, ne pourra nuire aux créanciers hypothécaires qui se trouveront dans les conditions de priorité déterminées par la loi. Ainsi, dans une espèce où des créances inscrites sur les immeubles du condamné avaient date certaine avant le mandat d'arrêt, la Cour de cassation a justement décidé que ces créances avaient été bien payées par les acquéreurs des immeubles vendus par l'inculpé postérieurement au mandat d'arrêt, et que le privilége du Trésor ne pouvait pas être opposé aux créanciers (3).

49. Enfin le privilége du Trésor, de même que les autres priviléges

n° 39), Mourlon (*loc. cit.*, n° 51). — *Voy.* aussi M. Duranton (t. XIX, n° 239). Toutefois ce dernier auteur, après avoir nettement établi ce système, arrive à une combinaison qu'il dit préférer, en définitive, et qui cependant ne diffère pas essentiellement du système que nous avons combattu.

(1) *Voy.* Dalloz (*loc. cit.*, p. 70, note 1).

(2) MM. Persil (art. 2098, n° 22), Dalloz (ch. 1, sect. 2, art. 3, n° 11), Troplong (n° 95), Mourlon (*loc. cit.*, n° 52).

(3) Rej., 12 juill. 1852 (*J. P.*, 1852, t. II, p. 182; Dall., 52, 1, 209; Dev., 52, 1, 529).

sur les immeubles, se conserve par l'inscription, d'après l'art. 3 de la loi du 5 septembre 1807. Mais nous renvoyons à nous expliquer sur ce point aux art. 2106 et suivants, où il est traité d'une manière générale de la conservation des priviléges.

VIII. — 50. *Privilége pour le recouvrement des contributions directes.* — La loi du 11 brumaire an 7, concernant le régime hypothécaire, accordait à l'Etat un privilége sur les immeubles pour une année échue et l'année courante de la *contribution foncière.* Mais cette loi, comme quelques autres qui l'ont précédée, était partielle; elle ne touchait qu'à un seul objet des contributions directes, en sorte que sur les autres la jurisprudence se faisait remarquer par son incertitude et ses fluctuations. La loi du 12 novembre 1808 a fait cesser cet état de choses en établissant le privilége du Trésor d'une manière plus générale. Dans cette vue, la loi fait deux classes des contributions directes, l'une qui comprend la contribution foncière, l'autre qui embrasse la contribution mobilière, celle des portes et fenêtres, celle des patentes et tout autre contribution directe et personnelle. Toutefois il n'existe réellement de différence entre les deux classes qu'au point de vue des choses sur lesquelles porte le privilége attribué au Trésor. Quant à la contribution foncière, le privilége s'exerce sur les récoltes, les fruits, loyers et revenus des biens immeubles sujets à contribution; quant aux autres contributions directes, le privilége s'exerce sur tous les meubles et autres effets mobiliers appartenant aux redevables, en quelque lieu qu'ils se trouvent. (Art. 1er.) Ainsi, le privilége est général sur tous les meubles dans cette dernière classe, et il est particulier sur certains meubles dans la première. Et il y a de plus ceci à noter que, tandis que pour que le privilége du Trésor puisse s'exercer en ce qui touche la première classe, il faut, d'après les termes mêmes de la loi, que les meubles appartiennent encore au redevable et n'aient pas cessé de lui appartenir (1); au contraire, dans la seconde classe, le privilége confère au Trésor une sorte de droit de suite, sinon sur l'immeuble même (*voy.* le n° suivant), au moins sur le produit, droit qui permet au Trésor de recouvrer l'impôt de la contribution foncière, même entre les mains du tiers acquéreur auquel aurait été vendu l'immeuble dont les revenus et les fruits sont affectés au privilége (2).

51. Mais, sur tous les autres points, il y a similitude parfaite entre le privilége créé pour le recouvrement des contributions de la première catégorie et celui de la seconde. Ainsi, l'un pas plus que l'autre n'affecte les immeubles des redevables. La loi, d'abord, ne dit ni expressément ni implicitement que les immeubles sont grevés du privilége; ensuite l'exposé des motifs dont elle a été précédée dit précisément le contraire. « Le gouvernement, a dit M. Jaubert, a voulu établir des règles qui, en même temps qu'elles seraient claires et précises, n'entraînassent que les formes les plus simples et les moins

(1) Cass., 17 août 1847 (Dall., 47, 1, 311; Dev., 47, 1, 641; *J. P.*, 1847, t. II, p. 591).
(2) Req., 6 juill. 1852 (Dev., 52, 1, 534; *J. P.*, 1852, t. II, p. 377; Dalloz, 52, 1, 165).

dommageables pour les débiteurs et les tiers. C'est dans cette vue que le projet rejette toute idée de privilége sur les immeubles. Il pourrait y avoir du danger à laisser aux percepteurs la faculté de vexer les redevables, en intentant des procédures en expropriation forcée, ce qui pourrait arriver si le privilége s'étendait sur les immeubles. Ainsi, un des points fondamentaux du projet, c'est que le privilége ne s'étendra pas sur les immeubles. » On trouve bien dans un jugement du tribunal de Rouen, en date du 23 mai 1851 (1), quelques expressions qui vont contre ce principe; mais il n'y a pas de controverse possible sur ce point: l'affranchissement des immeubles est admis sans difficulté (2). Toutefois, le privilége ainsi limité ne préjudicie pas aux autres droits que le Trésor pourrait exercer sur les biens des redevables comme tout autre créancier. (Art. 3.)

52. De même encore, il y a similitude parfaite quant à l'objet du privilége. Pour la contribution foncière comme pour les autres contributions directes, la créance garantie par le privilége est l'impôt de l'année échue et de l'année courante : ainsi, deux années et rien de plus; assurer par un privilége la dette de l'impôt pour une plus longue durée, c'eût été entraver les transactions.

53. Il en est de même en ce qui concerne le rang du privilége. Soit qu'il ait pour objet l'impôt foncier, soit qu'il ait pour objet les autres contributions directes, le privilége, dans les termes de la loi du 12 novembre 1808, s'exerce *avant tout autre*. (Art. 1er.) Ce degré de préférence accordé au privilége a fait que la loi, en ce point, a été taxée d'exagération (3). Toutefois la disposition pourrait s'expliquer par une considération particulière tirée du rapport fait au corps législatif par M. de Montesquiou, président de la commission des finances. « Les biens que nous possédons, a-t-il dit, n'appartiennent pas à l'Etat; mais nous devons une portion de leur revenu pour nous assurer la jouissance du reste. » A ce point de vue, on peut dire que l'impôt est la représentation de frais faits pour la conservation de la chose, ce qui expliquerait, comme on le verra dans le commentaire de l'art. 2102, le degré de préférence dont il jouit (4). — Quoi qu'il en soit, et quelque absolues que soient les expressions de la loi du 12 novembre 1808, on devra toujours faire passer avant le privilége consacré par cette loi les frais de justice (art. 2101 C. Nap.), c'est-à-dire ici les frais de vente faits pour arriver à la réalisation du gage, et les frais de distribution par contribution, tous frais qui constituent moins un privilége qu'un prélèvement. (C. pr., art 657 et 662) (5).

---

(1) C'est le jugement à l'occasion duquel a été rendu l'arrêt cité à la note précédente. Le texte en est rapporté dans les recueils, avec celui de l'arrêt de rejet du 6 juillet 1852.

(2) Voy. *Ord. en C. d'État*, des 23 juin 1819 et 19 mars 1820.— *Voy.* aussi MM. Persil (art. 2098, n° 27), Duranton (t. XIX, n° 230), Dalloz (*loc. cit.*, n° 2), Troplong (n° 96).

(3) *Voy.* M. Troplong (nos 33, 63 et 96).

(4) *Voy.* M. Valette (*Des Priv. et Hyp.*, n° 101).

(5) *Voy.* MM. Duranton (t. XIX, n° 231) et Troplong (n° 33).

IX. — 54. *Privilége pour droits et amendes en matière de timbre.* — La loi des finances du 28 avril 1816 a consacré en faveur du Trésor, par son article 76, un privilége semblable à celui dont nous venons de parler, pour le recouvrement des droits de timbre et des amendes de contravention y relatives. Après ce que nous venons de dire, nous n'avons pas à insister, si ce n'est pour faire remarquer que le privilége dont il s'agit ici est celui que la loi du 12 novembre 1808 établit sur la généralité des meubles du redevable pour les contributions directes de la seconde catégorie, et non celui qui porte sur les fruits et revenus des immeubles, lequel est propre exclusivement à la contribution foncière.

55. Tels sont les priviléges établis à raison des droits du Trésor public, et nous pourrions arrêter là notre commentaire de l'art. 2098; mais il en existe encore d'autres qui se rattachent indirectement à l'intérêt public, et dont il convient par conséquent de dire ici quelques mots.

X. — 56. *De quelques priviléges se rattachant à l'intérêt public.* — 1° Ouvriers employés par les entrepreneurs de travaux pour le compte de l'Etat. — Un décret du 26 pluviôse an 2 crée nettement un privilége au profit des ouvriers employés par les entrepreneurs des travaux exécutés au compte de la nation et des fournisseurs de matériaux et autres objets servant à la construction des ouvrages, en ce que ce décret interdit, par ses art. 1, 2 et 3, aux créanciers particuliers des entrepreneurs, toute saisie-arrêt sur les fonds déposés dans les caisses des receveurs de districts, pour être livrés aux entrepreneurs, et ouvre, au contraire, la voie de la saisie-arrêt aux ouvriers et fournisseurs; et en ce qu'autorisant, par son art. 4, la saisie-arrêt de la part de tous après la réception des travaux, il exige qu'au préalable soient acquittées les créances des ouvriers et fournisseurs qui auraient pratiqué des saisies-arrêts ou oppositions. — Ce décret ne devait être que provisoire d'après son intitulé; mais en fait il s'est maintenu et n'a pas cessé de recevoir son application devant les tribunaux (1). Mais il a ses limites nécessaires. D'une part, le privilége ne porte que sur les sommes dues à l'entrepreneur; il n'affecte donc pas le cautionnement qu'aurait dû fournir un adjudicataire de travaux publics (2). D'une autre part, il faut, pour que les ouvriers et fournisseurs puissent invoquer le bénéfice du privilége, que les travaux auxquels ils ont été employés se distinguent par un caractère d'intérêt général. C'est sur ce fondement que repose la jurisprudence, constante aujourd'hui, d'après laquelle le privilége accordé par le décret du 26 pluviôse an 2 est inapplicable au cas de travaux communaux (3). Ces travaux n'ont, en effet, qu'un intérêt de pure localité qui n'est pas assez puissant pour donner naissance au droit de préférence que le décret consacre. Il en serait autrement dans le cas de travaux départementaux, bien que cependant le décret ne parle que des

(1) Paris, 28 août 1810; Req., 12 déc. 1831; Poitiers, 16 mars 1838; Colmar, 31 déc. 1841; Lyon, 21 janv. 1846; Cass., 21 juill. 1847 (Dalloz, 47, 4, 396).
(2) Req., 31 juill. 1849 (Dalloz, 49, 1, 197).
(3) Req., 12 déc. 1831; Lyon, 21 janv. 1846 (Dalloz, 46, 2, 157).

travaux faits *pour le compte de l'Etat;* mais c'est que les travaux départementaux ne se distinguent pas de ceux de l'Etat par un intérêt de localité, comme ceux des communes, et que d'ailleurs, si ce décret de l'an 2 ne parle pas des travaux départementaux, c'est qu'à la date du décret l'organisation départementale n'était pas ce qu'elle est aujourd'hui, et qu'en raison de l'organisation de l'époque on pouvait très-bien comprendre, sous la dénomination de travaux intéressant l'Etat ou la nation, ceux que l'on considère aujourd'hui comme ayant un but d'utilité départementale (1).

57. 2° Sous-traitants.— Un décret du 12 décembre 1806 a établi, en faveur des sous-traitants, sur les sommes dues aux traitants par l'Etat, à raison des fournitures faites au service de la guerre, un privilége qui, d'après la jurisprudence, frappe toutes les sommes dues par l'Etat aux traitants, et ne peut être restreint aux sommes représentatives des fournitures faites par les sous-traitants (2). Mais le privilége ne pourrait pas être invoqué par le fournisseur ou livrancier qui a agi uniquement pour le compte du sous-traitant et a considéré ce dernier comme son obligé personnel et exclusif (3).

58. 3° Marais et mines. — Ceux qui ont fourni les fonds pour les recherches d'une mine, ainsi que pour les travaux de construction ou confection de machines nécessaires à son exploitation, acquièrent, d'après la loi du 21 avril 1810, art. 20, le privilége accordé par le § 5 de l'art. 2103 du Code Napoléon, pourvu qu'ils se conforment aux obligations imposées par ledit paragraphe. — Et de même, le concessionnaire aux frais duquel s'est opéré le desséchement d'un marais a un semblable privilége, aux termes de la loi du 16 septembre 1807, tit. 5, art. 23, mais à la charge de faire inscrire l'acte de concession ou l'ordonnance qui prescrit le desséchement.

2099. — Les priviléges peuvent être sur les meubles ou sur les immeubles.

SOMMAIRE.

I. Signification et étendue des mots *meubles* et *immeubles* dans notre article. — Des transformations que ces biens peuvent subir dans leur nature primitive : renvoi.
II. Quoique notre article paraisse n'indiquer que deux catégories de priviléges, il y en a trois en réalité.

I. — 59. Le mot *meubles* dont se sert notre article doit être pris dans le sens le plus large. A la vérité, l'art. 533 du Code Napoléon dit que le mot *meuble*, quand il est employé seul, sans autre addition ni désignation dans les dispositions de la loi ou de l'homme, est exclusif de l'argent comptant, des pierreries, des dettes actives, des livres, des médailles, etc. Mais, d'une part, les rédacteurs du Code, même quand ils emploient le mot *meubles* seul, ne l'entendent eux-mêmes jamais et

(1) *Sic* Angers, 31 mars 1852 (Dalloz, 53, 2, 22).
(2) Rej., 10 mars 1818; Req., 20 fév. 1828.
(3) Req., 3 janv. 1822; Metz, 2 juill. 1817.

n'ont jamais pu l'entendre dans le sens restreint que lui prête l'art. 533. (Voy. *suprà*, t. II, n° 390.) D'une autre part, ce sens restreint serait d'autant moins acceptable pour notre article, que le mot *meubles* y est évidemment employé par opposition au mot *immeubles*, comme dans l'art. 516, ce qui lui donne la signification la plus étendue, celle qu'il reçoit dans les art. 528, 529, 531 et 532 du Code Napoléon (1). Ainsi, dans un privilége général sur les meubles, si l'on excepte les choses énumérées aux art. 524 et 525, qui, quoique mobilières de leur nature, reçoivent de leur destination le caractère immobilier, le droit du créancier s'étend indistinctement à toutes choses qui sont meubles, soit par leur nature, soit par la détermination de la loi.

60. Quant au mot *immeubles*, il n'a pas, dans notre article, une signification plus étendue que celle des mots *biens immobiliers* employés dans l'art. 2118 relatif aux hypothèques. Il comprend donc les biens immobiliers qui sont dans le commerce et leurs accessoires réputés immeubles; il comprend aussi l'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant la durée de l'usufruit. Mais quant aux servitudes qui n'ont pas une valeur qui leur soit propre, une valeur indépendante du fonds dominant; quant aux droits d'usage, de pâturage et autres semblables, qui ont bien une valeur propre, mais qui ne peuvent pas être aliénés; quant aux actions tendant à la revendication d'un immeuble, ou aux actions en nullité ou en rescision d'une vente, aux actions en réméré, toutes actions qui ne sont pas saisissables ni susceptibles d'expropriation forcée, le mot *immeubles* de notre article ne les comprend pas. Ces choses ne sont pas susceptibles d'hypothèque, comme on le verra dans notre commentaire de l'art. 2118; elles ne sont donc pas susceptibles non plus de privilége, puisque le privilége sur les immeubles est, en définitive, une hypothèque privilégiée. (Art. 2113.) — Toutefois on remarquera, par rapport aux actions dont nous venons de parler, que c'est seulement prises en elles-mêmes qu'elles ne sont pas susceptibles de privilége; car il n'y a pas, dans une action, d'assiette réelle sur laquelle le privilége puisse être établi. Mais supposons l'action exercée et son objet réalisé, il en est autrement; l'action s'est transformée, en quelque sorte, en une chose matérielle sur laquelle le privilége pourra désormais être assis sans difficulté. Par exemple, j'avais une action en réméré que j'ai cédée à Paul moyennant 10,000 francs; je n'ai pas, à raison de ce prix, un privilége sur l'action : cela est de toute évidence. Mais que Paul exerce le réméré, ou encore que je l'exerce moi-même en son nom et comme son créancier, et que l'immeuble soit repris, rien ne s'opposera à ce que j'aie sur cet immeuble mon privilége à raison de la cession que j'avais faite à Paul (2).

61. Il arrive parfois que les meubles, et même les immeubles, subissent des changements et des transformations dans leur nature primitive.

(1) Delvincourt (t. III, p. 263), Pigeau (t. II, p. 183), et MM. Persil (art. 2099, n° 1), Zachariæ (t. II, p. 97, note 1), Troplong (n° 106), Valette (n° 18), Dalloz (*Rép.*, ch. 1, sect. 1, art. 1, n° 20).
(2) M. Persil (art. 2099, n° 8).

La question s'élève alors de savoir si les priviléges dont ils pouvaient être grevés s'éteignent par l'effet de ces changements ou transformations. C'est à l'occasion des priviléges spéciaux énumérés aux art. 2102 et 2103, et en particulier à l'occasion du privilége du vendeur, que la question se produit. Nous la discuterons en traitant de ce privilége.

II. — 62. Après nous être expliqué sur l'étendue des mots *meubles* et *immeubles* employés dans notre article, il nous reste à faire remarquer que les priviléges sont divisés par la loi en trois catégories. Le texte de notre article tendrait à n'en faire supposer que deux, puisqu'il nous dit que les priviléges peuvent être *sur les meubles ou sur les immeubles.* Mais, pour être exact, il fallait dire que les priviléges peuvent être, soit sur les meubles, soit sur les immeubles, soit à la fois sur les meubles et les immeubles. Cela seul, en effet, est en rapport avec les divisions mêmes de la loi, qui, dans les trois sections qui vont suivre, nous montre qu'il y a des priviléges spéciaux sur certains meubles (art. 2102), puis des priviléges spéciaux sur certains immeubles (art. 2103), et enfin des priviléges généraux portant sur tous les meubles et sur tous les immeubles (art. 2101, 2104, 2105). Toutefois, dans cette dernière catégorie, le recours sur les immeubles n'est que subsidiaire. (*Voy.* n° 44.) Il se rattache à cela des conséquences que nous déduirons sous les art. 2104 et 2105.

SECTION PREMIÈRE.

DES PRIVILÉGES SUR LES MEUBLES.

2100. — Les priviléges sont ou généraux, ou particuliers sur certains meubles.

63. Il n'y a pas d'observation à faire sur cette division, qui reproduit celle de l'ancienne jurisprudence, si ce n'est que les priviléges généraux sur les meubles sont généraux aussi sur les immeubles. La rubrique de notre section et le texte même de notre article en pourraient faire douter, puisqu'ils ne parlent que des meubles; mais le doute disparaît devant l'art. 2104, qui annonce que les priviléges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles sont ceux énoncés en l'article second de la présente section.

§ Ier. — Des priviléges généraux sur les meubles.

2101. — Les créances privilégiées sur la généralité des meubles sont celles ci-après exprimées, et s'exercent dans l'ordre suivant:

1° Les frais de justice;

2° Les frais funéraires;

3° Les frais quelconques de la dernière maladie, concurremment entre ceux à qui ils sont dus;

4° Les salaires des gens de service, pour l'année échue et ce qui est dû sur l'année courante;

5° Les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille;

savoir, pendant les six derniers mois, par les marchands en détail, tels que boulangers, bouchers et autres, et pendant la dernière année, par les maîtres de pension et marchands en gros.

SOMMAIRE.

I. Notre article ne se borne pas à énumérer les créances garanties par un privilége sur la généralité des meubles, il en fixe le rang. — Nécessité, en raison de la faveur même dont jouissent ces créances, d'en préciser nettement la nature et l'étendue.

II. *Des frais de justice.* — Les seuls frais de justice qui soient privilégiés sont ceux qui ont été faits dans l'intérêt commun des créanciers; ceux qui sont faits dans un intérêt individuel ne jouissent pas du privilége, et ceux qui n'ont profité qu'à quelques créanciers, sans profiter à tous, ne sont privilégiés que vis-à-vis des créanciers auxquels ils ont profité. — Le privilége des frais de justice n'est pas nécessairement général. Distinction. — Les frais peuvent être considérés comme frais de justice, bien qu'ils ne soient pas faits devant un tribunal : explication. — Du droit établi en faveur de l'officier qui a procédé à la vente des meubles, relativement à ses frais.

III. *Des frais funéraires.* — Des causes du privilége; de son étendue; il comprend les frais de deuil pour la veuve, ses enfants et ses domestiques : controverse. — Le privilége est-il dû au prêteur qui a fait l'avance des frais funéraires? Distinction.

IV. *Des frais de la dernière maladie.* — Surabondance et superfétation de notre article en ce point. — Cause du privilége. — La dernière maladie s'entend non-seulement de celle dont le débiteur est mort, mais encore de celle qui a précédé tout événement, comme la déconfiture ou la faillite, donnant lieu à la distribution des deniers. Controverse. — Mais le privilége ne s'étend pas nécessairement à toutes les dépenses faites pendant la dernière maladie. Développements.

V. *Des salaires des gens de service.* — Origine du privilége. — De ceux en faveur de qui il est établi : il appartient aux domestiques proprement dits, mais non aux clercs, aux secrétaires, aux commis, aux ouvriers. — Étendue du privilége. Il a pour objet la créance pour salaires des domestiques engagés, soit à l'année, soit pour une fraction moindre de temps; mais il a pour objet les salaires seulement, non les avances.

VI. *Des fournitures de subsistances.* — Causes du privilége; des personnes auxquelles il est attribué; distinction entre les marchands en gros et les marchands en détail. Développements. — Limitations du privilége : il faut que les fournitures aient été faites *au débiteur et à sa famille* : explication; et qu'il s'agisse de fournitures de subsistances : ce qu'on entend par *subsistances*.

I. — 64. Les dispositions de la loi sur les priviléges ne réunissent pas toujours, et il s'en faut de beaucoup, les deux éléments nécessaires de la matière, à savoir : la détermination des créances privilégiées, et la fixation de l'ordre dans lequel ces créances doivent être classées. On verra, dans le commentaire des articles suivants, que si la loi fait connaître les créances privilégiées, elle donne, dans la plupart des cas, des indications on ne peut plus incomplètes sur leur classement, et si incomplètes que l'une des difficultés les plus ardues de notre sujet est de régler le concours des priviléges entre eux. Mais ici, dans le cas particulier de notre article, la loi ne se tient pas dans la même réserve. En effet, elle ne se borne pas à l'énumération des créances auxquelles elle accorde privilége sur la généralité des meubles du débiteur, elle fixe, en outre, le rang de ces créances. Les priviléges géné-

raux consacrés par notre article feront naître néanmoins, même au point de vue du classement, des difficultés sérieuses; mais ce sera seulement lorsqu'ils se trouveront en conflit avec des priviléges spéciaux. Dans tous les cas où le concours n'aura lieu qu'entre eux, le conflit ne sera pas possible, au moins entre les créanciers d'ordres différents; car le rang qui appartient à chacun des divers ordres est fixé par notre article, fixé d'une manière invariable; et ce rang est celui que notre article suit lui-même dans l'énumération qu'il présente, ce qui est établi nettement par le paragraphe premier, où il est dit que « les créances privilégiées sur la généralité des meubles sont celles ci-après exprimées, et *s'exercent dans l'ordre suivant.* »

65. Et maintenant, quelles sont ces créances? Ce sont, d'après le texte: 1° les frais de justice; 2° les frais funéraires; 3° les frais quelconques de la dernière maladie; 4° les salaires des gens de service; 5° les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille. Le seul énoncé de ces créances explique la faveur dont elles jouissent. Nous ne voulons pas dire par là que, sauf en ce qui concerne la créance des frais de justice, la loi n'a pas dépassé la juste mesure, particulièrement en donnant à ces créances, déjà garanties par un privilége sur la généralité des meubles, la garantie même subsidiaire des immeubles. (*Voy.* à cet égard nos observations sur les art. 2104 et 2105.) Toutefois il est certain que leur cause même devait appeler sur elles, plus qu'aucune autre, la faveur de la loi, et que des considérations d'ordre public se réunissaient à un sentiment de justice et d'humanité pour les faire placer, ou plutôt pour les maintenir au premier rang, qu'elles eurent toujours, parmi les créances privilégiées.

Mais plus est grande la faveur de la loi, et plus il importe de ne pas l'étendre à des créances autres que celles auxquelles cette faveur est accordée. Reprenons donc successivement les divers priviléges énumérés dans notre article, et cherchons à préciser la nature et l'étendue de chacun d'eux.

II. — 66. *Des frais de justice.* — Ici la loi ne précise ni ne définit: elle énonce les frais de justice en termes généraux, et les place au premier rang des créances privilégiées sur la généralité des meubles. Mais le sens intime avertit que, soit quant à l'objet, soit quant à l'étendue du privilége, les termes de la loi doivent être restreints et limités.

67. Sous le premier rapport, il est évident que le législateur a eu en vue seulement les frais exposés dans l'intérêt commun des créanciers, soit pour faire entrer la chose dans l'actif du débiteur, soit pour empêcher qu'elle ne soit diminuée ou ne vienne à se perdre, soit pour convertir cette chose en argent et procurer ainsi la distribution du prix entre les créanciers. Ainsi les frais de saisie et de vente des objets saisis (1), les frais faits contre le tiers détenteur pour le forcer à payer, ceux d'une demande en revendication d'un immeuble appartenant à un

(1) Riom, 3 avril 1826; Amiens, 15 nov. 1837; Orléans, 13 août 1840; Lyon, 10 janv. 1851 (Dalloz, 52, 2, 296).

débiteur et qui était sur le point d'être prescrit, ceux de la défense à la demande en rescision d'une vente d'immeubles (1), tous ces frais et tous autres déboursés dans des cas analogues constituent des créances privilégiées dans le sens de notre article. La cause de préférence s'y montre en effet de la manière la plus nette : le créancier qui a fait l'avance des frais a fait évidemment l'affaire de tous, en conservant ou en utilisant le gage commun, et en procurant ainsi aux autres créanciers le moyen d'exercer leurs droits à la réalisation desquels ils ne pouvaient atteindre sans subir la nécessité de poursuites, et par conséquent de dépenses qu'ils auraient dû faire eux-mêmes, sans l'intervention de celui qui les a faites dans l'intérêt d'eux tous.

Mais, on le comprend, autant il est juste que celui qui a fait l'avance des frais soit payé avant les créanciers dont il a fait l'affaire, autant il serait inique que celui qui a agi exclusivement dans son propre intérêt, par exemple, pour faire reconnaître sa créance ou la rendre exécutoire, vînt prélever sur le gage commun de quoi se payer des frais qu'il a dû faire. Que ces frais lui soient alloués comme accessoires de sa créance, et qu'à ce titre ils suivent le sort de la créance elle-même et soient privilégiés au même rang que la créance si la créance est privilégiée, rien de mieux ! Mais qu'ils soient privilégiés au premier rang, dans les termes de notre article, voilà ce qui n'est pas possible. Ces frais sont nés d'un intérêt particulier, individuel : la cause de préférence manque absolument (2).

Il y a mieux : des frais avancés par un créancier pourraient profiter à d'autres créanciers encore que lui, sans que pour cela le privilége établi par notre article s'y rattachât d'une manière absolue. Il faut, pour que le privilége se produise sans réserve, que les frais aient profité a *tous* les créanciers. S'ils n'avaient eu qu'une utilité relative, s'ils avaient profité à quelques-uns et non à d'autres, ils seraient privilégiés d'une manière relative aussi, c'est-à-dire que le privilége existerait vis-à-vis des créanciers qui auraient profité des frais, et n'existerait pas vis-à-vis des autres (3). L'art. 662 du Code de procédure nous présente une application de cette règle lorsqu'il dit que les frais faits pour opérer la distribution du prix de vente des meubles saisis sur un locataire à la requête de ses créanciers ne viennent qu'après la créance du locateur. Si le locateur prime, dans ce cas, la créance des frais faits pour opérer la distribution du prix de vente (par conséquent la créance de frais de justice), c'est que le locateur pouvant, d'après l'art. 661 du Code de procédure, faire appeler la partie saisie et l'avoué plus ancien en référé devant le juge-commissaire, *pour faire sta-*

(1) Riom, 5 fév. 1821; Aix, 12 janv. 1838. — *Voy.* encore Bourges, 9 juin 1846 (Dalloz, 46, 4, 423).

(2) Limoges, 9 janv. 1841; Bordeaux, 6 juill. 1841; Rouen, 2 déc. 1841; Paris, 27 nov. 1845 (Dall., 46, 4, 423); Orléans, 26 juill. 1849 (Dev., 50, 2, 50; Dall., 50, 2, 20).

(3) *Voy.* l'arrêt déjà cité d'Orléans, 26 juill. 1849. — *Junge :* Rej., 8 mars 1848 (Dalloz, 48, 5, 304).

tuer préliminairement sur son privilége, il est vrai de dire que les frais faits pour opérer la distribution ne tournent pas à son profit. — L'article 768 fournit un autre exemple, lorsque, à propos des contestations à l'ordre, il dit que « les frais de l'avoué qui aura représenté les créanciers contestants seront colloqués, par préférence à toutes autres créances, sur ce qui restera de deniers à distribuer, déduction faite de ceux qui auront été employés à acquitter les créances antérieures à celles contestées. » C'est parce que les créanciers antérieurs sont absolument étrangers au conflit qui s'élève entre celui dont la collocation est contestée et tous les créanciers qui viennent après et demandent la réformation de l'ordre en ce qui touche cette collocation, que les frais ne sont pas privilégiés à leur égard.

68. Sous le second rapport, c'est-à-dire en ce qui concerne l'étendue du privilége, la limitation qui doit être faite aux termes généraux de la loi s'induit de la nature même des choses. La loi dit que le privilége pour frais de justice frappe sur la généralité des biens du débiteur; et le privilége aura ce caractère de généralité toutes les fois que les frais auront été exposés en vue de protéger la généralité du patrimoine, et l'auront protégée dans l'intérêt commun des créanciers. Mais il va de soi que, s'ils ont protégé seulement une fraction du patrimoine, le privilége ne devra pas s'étendre au delà de cette fraction. Par exemple, des frais sont faits pour établir un séquestre, et ensuite, par le séquestre établi pour son administration, le privilége embrassera la généralité des biens. Mais si un mobilier est saisi et vendu, comment serait-il possible de déclarer les frais de saisie et de vente, privilégiés sur un autre mobilier appartenant au même propriétaire et existant ailleurs? Si des frais de justice sont exposés à raison d'un *mobilier*, comment pourrait-on supposer raisonnablement que ces frais deviendront une cause de préférence sur des immeubles auxquels ils sont absolument étrangers? Il est donc clair que, quelles que soient les expressions de la loi, ce n'est pas dans un sens absolu que doit être admise l'idée que les frais de justice constituent un privilége *général*. Tout ici dépendra des circonstances, et le privilége sera général si les frais ont procuré un avantage général; dans le cas inverse, et si l'avantage procuré est partiel, le privilége ne sera que *spécial* (1).

69. Du reste, des frais peuvent être considérés comme frais de justice, et par conséquent comme privilégiés dans les termes de notre article, bien qu'ils n'aient pas été exposés devant un tribunal. Par exemple, les frais d'apposition et de levée de scellés, les frais d'inventaire, les frais d'administration et de compte, soit de bénéfice d'inventaire (2), soit de faillite (3), soit des biens d'un condamné (4),

---

(1) Bordeaux, 28 mai 1832; Cass., 28 juill. 1848 (Dalloz, 49, 1, 328). — *Voy.* aussi MM. Zachariæ (t. II, p. 101), Troplong (n° 131), Valette (n° 23), Taulier (t. VII, p. 121).

(2) Rej., 11 août 1824.

(3) Paris, 28 janv. 1812; Rouen, 2 déc. 1841.

(4) Poitiers, 1er juill. 1842.

soit de ceux d'un présumé absent dans le cas des articles 112 et suivants du Code Napoléon, sont évidemment dans les conditions constitutives du privilége, car ils ont eu pour but la conservation du gage dans l'intérêt commun des créanciers. La cause de préférence y apparaît donc nettement, et la circonstance que les frais n'ont pas été faits devant un tribunal ne saurait les dépouiller du privilége que les conditions mêmes dans lesquelles ils ont été faits leur assure.

Mais pour ces frais, comme pour ceux qui sont faits devant un tribunal, la condition nécessaire du privilége, c'est qu'ils aient été faits dans l'intérêt commun des créanciers. S'ils étaient faits dans l'intérêt individuel du créancier qui les a payés, où même s'ils avaient profité à quelques-uns des créanciers et non à tous, la cause de préférence manquerait, ou elle n'existerait que relativement à ceux des créanciers auxquels les frais auraient profité, et la créance des frais ne serait pas privilégiée ou ne le serait que limitativement. Les cours de Bordeaux et de Paris ont jugé très-exactement, en ce sens, que les syndics d'une faillite n'ont pas privilége sur les biens du failli pour leurs frais de gestion dans l'intérêt des créanciers chirographaires (1); et la Cour de cassation a jugé non moins exactement que les frais d'un partage opéré à l'amiable devant notaire, sans la participation d'aucun créancier ni l'intervention de la justice, ne peuvent, à aucun titre, être considérés comme faits dans l'intérêt commun des créanciers, et ne permettent pas dès lors d'invoquer le bénéfice de notre article (2).

70. En terminant, sur le premier des priviléges qu'énumère notre article, nous signalerons un droit particulier, et qui est en quelque sorte supérieur à ce privilége : nous voulons parler du droit que la loi accorde à l'officier qui a procédé à la vente des meubles. Aux termes de l'art. 657 du Code de procédure : « Faute par le saisi et les créanciers de s'accorder dans ledit délai (dans le mois), l'officier qui aura fait la vente sera tenu de consigner, dans la huitaine suivante, et à la charge de toutes les oppositions, le montant de la vente, *déduction faite de ses frais d'après la taxe qui aura été faite par le juge sur la minute du procès-verbal.....* » Ainsi, c'est plus qu'un privilége, c'est un droit de prélèvement ou de retenue que la loi consacre en faveur de l'officier qui a fait la vente; mais le droit rentrerait dans les conditions même du privilége si, en consignant le montant de la vente, l'officier négligeait de faire la déduction; dans ce cas, il serait à l'égal des autres créanciers pour frais de justice et viendrait en concours avec eux (3).

Au surplus, le droit consacré par l'art. 657 est exceptionnel : il ne faut donc pas l'étendre. Ainsi, établi qu'il est pour le cas de distribu-

(1) Paris, 27 avril 1836; Bordeaux, 20 août 1836. — *Voy.* encore Limoges, 9 janv. 1841, et Paris, 21 janv. 1842.

(2) Req., 14 fév. 1853 (Dalloz, 53, 1, 32). — *Voy.* encore Req., 11 déc. 1834.

(3) *Voy.* MM. Duranton (t. IX, n° 41), Valette (n° 24), Mourlon (*Comm. crit. et prat.*, n° 39, in fine).

tion par contribution après vente, faute par le saisi et les créanciers de s'être entendus entre eux, il ne saurait être invoqué par le commissaire-priseur *qui aurait fait la vente du mobilier d'une succession vacante*. Celui-ci n'a, en aucun cas, le droit de prélèvement ou de retenue; il doit donc rapporter l'entier prix de la vente; et, si le prix n'est pas suffisant pour répondre à tout, il y aura lieu à une distribution au marc la livre entre le commissaire-priseur et les autres officiers publics qui auraient pris part aux opérations antérieures à la vente. Ce point a été très-exactement résolu en ce sens par la Cour de cassation (1). C'est aussi l'avis de M. Mourlon (2). Mais M. Mourlon paraît supposer que l'inapplicabilité de l'art. 657 du Code de procédure tient à ce que la vente ici aurait été faite par un *commissaire-priseur*, donnant ainsi à penser que cet article serait exclusivement en faveur des *huissiers*, ce qui est inadmissible, puisque l'art. 657 ne parle même pas des huissiers, et emploie l'expression générale *officier*. La raison véritable de distinguer, c'est que la vente, dans notre hypothèse, a lieu dans le cas de succession vacante, tandis que l'art. 657, disposition tout à fait exceptionnelle, a en vue un cas différent, celui de vente après saisie, dans lequel, comme l'exprime l'arrêt de la Cour de cassation, l'officier qui procède, employé qu'il est dans l'intérêt de tous les créanciers, saisissant principal ou opposants, a par cela même, contre tous, et par conséquent sur les derniers saisis, le droit d'être payé de ses frais par préférence et même avant toute distribution.

III. — 71. *Des frais funéraires.* — La loi, dans une pensée toute spiritualiste, *intuitu pietatis*, et pour rendre hommage à un principe de décence publique, veut être assurée que les derniers devoirs seront rendus à la cendre des morts (3). D'un autre côté, elle se détermine par l'intérêt de la salubrité publique qui serait compromise si, à défaut de garanties suffisantes pour le recouvrement des frais funéraires, il arrivait que les inhumations fussent par trop différées..... *Ut qui funeravit persequatur id quod impendit. Sic enim fieri ne insepulta corpora jacerent, neve quis de alieno funeretur.* (L. 12, § 3, ff. *De relig. et sumpt. funerum.*) Notre article s'inspire de ce double motif, et, en conséquence, il classe les frais funéraires au second rang des créances privilégiées sur la généralité des meubles.

Mais ici, comme pour les frais de justice, la loi s'est abstenue de préciser et de définir. Quels sont donc les frais qui présentent le caractère de frais funéraires et à ce titre donnent lieu au privilége? En thèse générale, on peut dire que les frais dont il s'agit ayant leur cause dans les nécessités qui suivent un décès, toutes dépenses *nécessaires* faites à raison du décès et pour l'inhumation constituent précisément les frais funéraires auxquels un privilége est attaché par la loi. Cependant, il y faut prendre garde : des dépenses, quoique nécessaires, peuvent être

(1) Req., 8 déc. 1825.
(2) Voy. *loc. cit.*, p. 93.
(3) *Voy.* les ll. 14, § 1 et 45, ff. *De relig. et sumpt. fun.* — *Voy.* Pothier (*Pand.*, liv. 11, tit. 7, n° 33) et Loyseau (*des Offices*, liv. 3, ch. 8, n° 50).

exagérées; c'est même dans les funérailles surtout qu'on voit l'exagération se produire; la vanité y parle trop souvent plus haut que la douleur; l'éclat et l'ostentation y prennent souvent la place du recueillement, et trop souvent on y donne outre mesure à la pompe extérieure sans trop se demander sur qui retomberont les frais d'un luxe indécemment dispendieux. Evidemment, ce n'est pas en vue de ces prodigalités vaines et presque impies que le privilége est établi. Il convient donc de faire une réserve à la règle générale, d'autant plus qu'en définitive l'intérêt en jeu ici est moins celui des héritiers que celui des créanciers de la succession, puisque c'est au détriment de ces derniers que les frais funéraires sont privilégiés. Et cette réserve est indiquée par la loi romaine : *Sumptus funeris arbitrantur pro facultatibus vel dignitate defuncti.* (*Voy.* la loi déjà citée, § 5.) Ainsi, en résumé, les frais funéraires s'entendront de toutes dépenses nécessaires faites à raison du décès et pour l'inhumation, sauf, en cas d'exagération, la faculté pour le juge de restreindre le privilége en ne l'accordant que pour une dépense en rapport avec la condition et la fortune du défunt.

73. Ceci d'ailleurs n'est pas et n'a jamais été contesté. Mais on ne s'accorde plus quand on en vient aux applications. Ainsi, dans l'ancienne jurisprudence française, des actes de notoriété du Châtelet de Paris paraissent avoir établi deux ordres de frais funéraires. Pothier nous dit, dans son *Traité de procédure civile* (part. IV, ch. II, § 2), que, d'après ces actes, « le privilége sur le prix des meubles avait été restreint par l'usage au port du corps et à l'ouverture de la fosse, ce qu'on appelait frais funéraires de premier ordre (lesquels ne pouvaient excéder 20 livres), et que le surplus des frais funéraires, qu'on qualifiait de second ordre, ne se payait que par contribution avec les créanciers privilégiés... » Puis à côté de cet usage, du reste peu suivi, se plaçait la doctrine des auteurs qui, se réglant sur des données diverses, accordaient au privilége plus ou moins d'étendue (1).

Le même désaccord se produit aujourd'hui dans la doctrine moderne. Tandis que des auteurs considèrent comme frais funéraires privilégiés tous ceux dont la cause et le principe est dans le décès du débiteur, d'autres, restaurant en quelque sorte les deux ordres de frais imaginés autrefois par le Châtelet de Paris, accordent le privilége seulement aux frais du premier ordre, qui embrasserait tout ce qui aurait été dépensé, *propter funus*, c'est-à-dire les *impenses* pour la *sépulture*, et refusent le privilége aux frais de second ordre, c'est-à-dire aux dépenses faites, à l'occasion du décès sans doute, mais après les funérailles du débiteur, comme la pose d'une pierre ou l'érection d'un monument sur la tombe, les habits de deuil de la veuve, de ses enfants et de ses domestiques, etc. (2).

(1) *Voy.* Ferrière (*Sur les cout. de Paris*, art. 170, glose uniq., § 2, n° 3), Domat (*Lois civiles*, liv. 3, sect. 5, n° 24), Guyot (*Rép.*, v° Frais funéraires), Héricourt (*Tr. de la vente des immeubles*, part. 1, ch. 2, sect. 1, n°s 1 et 5).

(2) *Voy.* Grenier (t. II, n° 301), Merlin (*Rép.*, v° Deuil), MM. Zachariæ (t. II, p. 102), Dalloz (*loc. cit.*, n°s 4 et 5), Troplong (n°s 135 et 136), Valette (n° 26).

Nous n'hésitons pas, pour notre part, à adopter la première de ces doctrines. S'il y a lieu de se préoccuper beaucoup de l'intérêt des créanciers au détriment desquels les frais funéraires sont privilégiés, il ne faut pas cependant sacrifier le privilége lui-même à cet intérêt, ou disputer un à un des articles de dépense qui ont tous leur principe dans les nécessités qui suivent le décès du débiteur, et sont tous dès lors protégés par ces considérations de décence publique, de convenances sociales, qui ont déterminé l'établissement du privilége. Il faut donc s'en remettre ici à l'action vigilante des tribunaux, qui, trouvant dans le droit d'examen dont ils sont armés, la faculté de réduire la dépense totale en cas d'excès, et de mettre en rapport la somme de frais à laquelle il convient d'attacher le privilége avec la position du défunt, aviseront, comme il convient, à protéger les intérêts opposés.

D'après cela, le privilége, à notre avis, doit être accordé non-seulement aux frais de garde du cadavre, d'ensevelissement et de sépulture, mais encore aux émoluments de la fabrique, aux honoraires du ministre du culte et aux autres frais se rattachant à la cérémonie de l'inhumation.

De même il devra être accordé pour les sommes employées, soit à l'acquisition temporaire ou perpétuelle d'un terrain dans le cimetière, soit à disposer le lieu pour recevoir le corps, soit même, en tant que la condition du défunt le comporte, à poser une pierre sur sa tombe ou à y élever un monument.

Quant aux frais de deuil de la veuve, de ses enfants, de ses domestiques, c'est le point le plus controversé (1). Mais ici encore il nous répugne de croire que le privilége puisse être refusé. C'est l'opinion que nous avons émise ailleurs (2), et nous ne pouvons qu'y persister, après un nouvel examen. Elle était dominante dans l'ancienne jurisprudence, malgré les tendances qu'on y avait à réduire le privilége des frais funéraires. « Ce deuil, dit Pothier (*Communauté*, n° 678), que les héritiers du mari sont obligés de fournir à la veuve, est regardé comme faisant partie des frais funéraires du mari ; c'est ainsi que le considèrent Lebrun, Renusson et autres. En conséquence, il est d'usage de donner à la veuve, pour la créance de son deuil, le même privilége qu'à celle des frais funéraires. Mais si la femme est préférée pour son deuil aux créanciers de son mari mort insolvable, au moins doit-on avoir en ce cas attention à le régler à la moindre somme qu'il est possible. » C'est sous les mêmes réserves que le privilége doit être accordé aujourd'hui ; mais il faut l'accorder cependant d'une manière complète. Nous ne saurions donc admettre la distinction proposée par M. Duranton, qui admet le privilége pour les habits de deuil de la veuve et de ses enfants, et le rejette pour ceux des domestiques. Encore moins admettrions-

---

(1) *Voy.* les auteurs cités à la note précédente.

(2) *Contrat de mariage*, t. I, n° 706, et t. II, p. 660. — *Voy.* Conf. Agen, 28 août 1834, et Caen, 15 juill. 1836. — *Voy.* aussi Tarrible (*Rép. de Merlin*, v° Privilége, sect. 3, § 1, n° 3), Favard (*Rép.*, v° Privilége), Proudhon (*Usuf.*, n° 212), MM. Persil (art. 2101, § 2, n° 4), Duranton (t. XIX, n° 48), Taulier (t. VII, p. 122).

nous le sentiment de M. Mourlon (1), qui, se réglant par les usages, et détruisant en quelque sorte sur ce point l'unité de législation, accorderait le privilége dans les localités où il est d'usage que la femme participe par sa présence aux honneurs funèbres rendus à son mari, et le refuserait au contraire dans celles où il est d'usage que les femmes se tiennent éloignées. Le deuil, à notre avis, est une de ces nécessités que les convenances imposent comme un hommage pieux rendu par les vivants à la mémoire des morts; c'est par là surtout que les frais de deuil sont de même nature que les frais funéraires en général, parce que, comme ceux-ci, ils ont leur principe dans le décès même du débiteur. C'est aussi pour cela qu'ils ont droit au privilége, puisque le leur refuser, ce serait priver les créanciers qui en feraient l'avance d'une sécurité sans laquelle ils ne consentiraient peut-être pas à y pourvoir, et par là mettre la famille dans la position de ne pouvoir satisfaire à l'obligation que les lois sociales lui imposent. Maintenant, s'il est d'usage dans quelques contrées, non pas précisément, comme le dit M. Mourlon, que les femmes participent par leur présence aux derniers devoirs rendus à leur mari, mais qu'elles assistent au service de la *neuvaine* qui suit de près les funérailles, ce sera une raison de plus, une raison propre à ces contrées, pour que les frais de deuil y soient déclarés privilégiés : mais la raison sera secondaire; la raison principale et dominante restera toujours celle-ci, que les frais de deuil tiennent des frais funéraires, en ce qu'ils ont leur principe et leur cause dans le même événement.

74. Que si l'avance des frais funéraires avait été faite par un tiers, celui-ci n'aurait droit au privilége qu'autant qu'il aurait ordonné les funérailles en son propre nom, ou qu'en les ordonnant au nom des héritiers, il aurait déclaré se porter leur garant. Il aura dans ce cas le bénéfice de la subrogation légale accordée par le n° 3 de l'art. 1251 à tous ceux qui, étant tenus avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, ont intérêt à l'acquitter (2). Mais s'il a fait à titre de prêt l'avance volontaire des frais, sans aucune stipulation de subrogation, il n'aura aucun droit au privilége. La subrogation légale ne peut lui être acquise, puisqu'il ne se trouve dans aucun des cas de subrogation déterminés limitativement par l'art. 1251; et la subrogation conventionnelle lui fait défaut, puisque nous supposons qu'elle n'a pas été stipulée. Nous trouvons bien, dans l'art. 593 du Code de procédure, un texte duquel il résulte que celui qui a *prêté des deniers pour acheter des aliments* jouit d'une subrogation. Mais nous sommes ici dans la matière des priviléges, matière de droit essentiellement étroit; et bien que dans l'ordre établi par notre article les frais funéraires soient classés avant les fournitures de subsistances, on ne peut étendre au prêt de deniers pour acquitter les frais funéraires la disposition favorable que l'art. 593 du

---

(1) *Comment. crit. et prat.*, n° 70.

(2) *Voy.* MM. Persil (*loc. cit.*, n° 5), Mourlon (*loc. cit.*, n° 77). — *Voy.* cependant MM. Duranton (t. XIX, n° 51), Troplong (n° 136 bis), Delvincourt (t. III, p. 270, note 2), Dalloz (*loc. cit.*, n° 6).

Code de procédure consacre en faveur du prêt fait pour acheter des aliments.

IV. — 75. *Des frais de la dernière maladie.* — Notre article place au troisième rang des créances privilégiées sur la généralité des meubles « les frais quelconques de la dernière maladie, concurremment entre ceux à qui ils sont dus. » L'art. 2097 (que l'ordre logique des idées nous a obligé à déplacer, voy. *suprà*, n° 27) pose déjà en principe que « les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence; » en sorte que notre article tombe ici dans une redite (qu'on est étonné de voir dans ce numéro de l'article quand on ne la voit pas dans les autres à l'occasion desquels elle pouvait bien aussi se reproduire), en exprimant que les frais de la dernière maladie sont privilégiés *concurremment entre ceux à qui ils sont dus.* Il faut donc laisser à l'écart ces dernières expressions dont le commentaire trouve sa place toute naturelle à l'art. 2097, où est posé le principe qu'elles rappellent, et s'en tenir purement et simplement au privilége en lui-même, à son étendue, à son objet.

76. La loi, s'inspirant ici d'une pensée d'humanité, vient en aide au débiteur malade qui pourrait, sinon être absolument abandonné, au moins ne pas recevoir tous les secours que son état réclame, s'il n'offrait aux personnes de qui le secours peut émaner qu'un crédit sans sûreté. La loi veut donc que les frais *quelconques de la dernière maladie* soient privilégiés.

Mais que faut-il entendre par ces mots « la dernière maladie » dont se sert notre article? La loi parle-t-elle seulement de la maladie dont le débiteur est mort, ou veut-elle parler de la maladie qui aurait précédé immédiatement un fait quelconque, comme la faillite ou la déconfiture, donnant lieu à la distribution des deniers? Sous l'ancienne jurisprudence, où le même privilége était accordé, il est certain que la dernière maladie, d'après l'opinion commune des auteurs, s'entendait limitativement de celle dont le débiteur était mort. M. Mourlon (1) a fait de grands efforts pour établir que l'ancienne doctrine n'était pas fixée en ce sens, ou que du moins l'opinion des auteurs s'appliquant à une espèce toute particulière, celle d'une déconfiture après décès, il est impossible d'en rien induire, ou d'en argumenter, sur la question générale de savoir si le privilége existait ou non au cas où le débiteur, après sa guérison, était tombé en faillite ou en déconfiture. Mais tous les efforts viennent échouer, ce nous semble, devant cet exposé si absolu et si précis de Brodeau, qui, résumant l'opinion dominante, nous dit: « *A l'égard des maladies guéries*, l'apothicaire, faisant crédit au débiteur, suit sa foi, rentre dans le droit commun, et renonce tacitement à son privilége; *au lieu que la personne qui a reçu l'assistance n'étant pas au monde pour avoir soin d'une dette si charitable et si favorable, la loi y emploie son office et donne son privilége.* » Ainsi, cela est bien certain, le privilége n'existait, dans l'ancienne jurisprudence, que pour

(1) *Comment. crit. et prat.*, n° 73.

la maladie dont le débiteur était mort. Mais la loi actuelle ne dit rien d'assez précis pour que la même solution doive être admise aujourd'hui; et bien que cette solution ait des partisans nombreux (1), nous adoptons de préférence l'opinion contraire, non-seulement parce que, jusqu'à un certain point, les termes de la loi s'y prêtent, les mots frais *de la dernière maladie* ayant un sens moins restreint que ces autres expressions, *frais de dernière maladie*, employés dans l'art. 385 du Code Napoléon, mais encore parce qu'il nous paraîtrait souverainement injuste de traiter plus rigoureusement le médecin qui aurait sauvé son malade que celui qui n'aurait pas pu triompher de la maladie; et encore parce qu'en définitive le médecin qui a compté sur une rémunération péniblement et légitimement acquise, ne peut pas être privé de sa créance par l'événement d'une faillite ou d'une déconfiture (2). M. Troplong (t. I, n° 137) n'admet cette solution que dans le cas où il est constant que la maladie dont le débiteur est guéri était encore dans toute sa gravité au moment de la faillite ou de la déconfiture. Mais on ne voit pas de motif à cette distinction : ou la loi n'accorde le privilége que pour la maladie dont le débiteur est mort, et dans ce cas il est évident que la faillite ou la déconfiture déclarée pendant la maladie ne saurait donner lieu au privilége dès qu'on suppose la guérison du débiteur; tout au plus pourrait-on dire alors que l'issue de la maladie étant incertaine au moment de la faillite ou de la déconfiture, le privilége doit être colloqué conditionnellement pour se réaliser, mais seulement dans le cas où le débiteur viendrait à succomber, et c'est ce qu'enseigne M. Valette (3); ou la loi doit s'entendre d'une manière générale et comme accordant le privilége pour la maladie précédant tout événement qui donne lieu à la distribution de deniers, et, dans ce cas, la faillite ou la déconfiture détermine le privilége tout aussi bien que la mort, sans qu'il y ait à rechercher quel était le degré de la maladie du débiteur quand la faillite ou la déconfiture a éclaté. Nous n'entrevoyons pas, quant à nous, de milieu possible entre ces deux solutions; et si la première, qui dominait dans l'ancienne jurisprudence, a pu se présenter, par ce motif même, à la pensée des rédacteurs du Code, il est vrai de dire, cependant, que les rédacteurs du Code ne se sont pas expliqués d'une manière assez nette pour qu'on doive se rattacher à cette solution encore aujourd'hui, et rejeter la seconde, que la logique, la justice et la raison, avouent mieux évidemment.

77. Mais il y a une mesure dans laquelle les frais de la dernière maladie sont privilégiés. Notre article dit bien que les frais auxquels le privilége s'applique sont les frais *quelconques* de la dernière maladie; cependant l'expression absolue qu'il emploie n'a trait qu'aux personnes

---

(1) *Voy.* un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 28 janv. 1834 (Dall., 34, 3, 52), MM. Grenier (t. II, n° 302), Pardessus (t. III, n° 1104), Valette (n° 27), Zachariæ (t. II, p. 102).

(2) *Voy.* MM. Dalloz (*loc. cit.*, n° 19), Pigeau (t. II, p. 191), Duranton (t. XIX, n° 54), Taulier (t. VII, p. 124), Mourlon (*loc. cit.*).

(3) *Voy.* M. Valette (*loc. cit.*).



de qui les secours peuvent émaner. Il en résulte que les médecins, les chirurgiens, les pharmaciens, les garde-malades, les sages-femmes, tous ceux en un mot qui sont appelés à donner des secours à une personne malade, jouissent du privilége pour la créance dont le principe est dans le secours qu'ils ont donné. Mais notre article ne va pas au delà; et notamment il n'en faudrait pas conclure que, quelle qu'eût été la durée de la dernière maladie, le médecin, le pharmacien, auraient un privilége pour tout ce qui leur serait dû à raison de cette maladie. A cet égard, la disposition de notre article doit être mise en rapport avec celle de l'art. 2272 du Code Napoléon; et comme ce dernier article déclare prescrite par le délai d'un an l'action des médecins, chirurgiens et apothicaires, pour leurs visites, opérations et médicaments, il s'ensuit que le privilége doit protéger la créance du médecin, du chirurgien, du pharmacien, tout au plus pour un an, le surplus de la créance étant prescrit à l'égard des autres créanciers, qui puisent dans l'art. 2225 du Code Napoléon le droit d'opposer la prescription, encore même que le débiteur y renonce. Ceci coupe court aux difficultés qui se sont élevées entre les auteurs sur le point de savoir quelle doit être l'étendue du privilége dans le cas où le débiteur a été atteint d'une maladie chronique qui s'est prolongée pendant plusieurs années, ceux-ci paraissant croire que le privilége, alors, embrasse toutes les dépenses de la maladie (1), ceux-là déclarant que le privilége est dû seulement à partir de l'époque où la maladie a pris un caractère particulièrement dangereux (2). La situation du médecin qui donne ses soins et celle du pharmacien qui fournit les médicaments doit être la même, quel que soit le caractère de la dernière maladie; aiguë ou chronique, cette dernière maladie fait naître une créance que la loi déclare privilégiée; et s'il ne faut pas que ce privilége puisse être exorbitant, au préjudice des autres créanciers du malade, comme il le pourrait être dans le premier système, il ne faut pas non plus réduire en quelque sorte à néant la créance à laquelle il s'attache, comme cela pourrait arriver dans le second système, par exemple si la maladie n'avait pris de gravité que quelques jours avant l'événement donnant lieu à la distribution des deniers. La combinaison de notre article avec l'art. 2272 supprime ces conséquences exagérées en sens inverse; et nous nous y rattachons, sauf, bien entendu, les modifications qui peuvent résulter des conventions particulières de payement entre le médecin ou le pharmacien et le malade, pour la détermination de l'exigibilité de la dette, et, par suite, du point de départ de la prescription. (*Voy.*, à cet égard, les applications faites par Marcadé dans son *Commentaire-Traité de la Prescription*, art. 2274-2278, p. 235 et suiv.).

78. Dans la mesure que nous venons d'indiquer, le privilége embrasse toutes les dépenses faites pendant la dernière maladie, quelle que soit l'importance de ces dépenses; mais il y faut mettre cette res-

(1) *Voy.* MM. Troplong (nos 137 et suiv.), Duranton (t. XIX, no 54).

(2) *Voy.* MM. Persil (art. 2101, § 3, no 4), Zachariæ (t. II, p. 103), Dalloz (*loc. cit.*, no 7), Delvincourt (t. III, p. 250, note), Valette (no 27).

triction que les dépenses auront été exigées par l'état du malade et pour les besoins de la maladie. Celles qui auraient eu leur cause dans des caprices à satisfaire, dans de pures fantaisies, ne doivent pas, selon nous, jouir d'un privilége qui peut bien s'étendre, sans réserve, à toutes les dépenses que la maladie a rendues nécessaires ou même utiles, mais qui ne doit pas aller au delà. Quelques auteurs enseignent néanmoins que même ce qui a été donné à la fantaisie pure, au caprice, a droit au privilége, sinon pour le tout, au moins pour ce qui n'est pas hors de proportion avec la condition du malade (1). Mais c'est là ajouter à la loi; en outre, c'est donner beaucoup à l'arbitraire des appréciations : à ce double titre, cette opinion doit être rejetée.

V. — 79. *Des salaires des gens de service.* — Le privilége des gens de service, comme tous ceux qu'énumère notre article, a son origine dans le passé. Bourjon, dont les rédacteurs du Code paraissent avoir copié la doctrine, nous dit que « quant au privilége accordé aux domestiques pour les gages à eux dus, il a lieu pour l'année échue et la courante, leur action se prescrivant par le laps d'un an, suivant l'art. 127 de la coutume formée sur l'ord. de 1510 (2). » D'après cela, il ne faut pas trop s'arrêter à l'assertion de Pothier (quoiqu'elle paraisse assez généralement acceptée) (3), ou du moins à l'assertion de celui qui, après la mort de Pothier, a mis en ordre ses notes sur la procédure civile, et qui, en se référant à un acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 4 août 1692, affirme que le privilége dont s'agit n'était établi qu'à Paris, et n'était accordé qu'aux *domestiques de ville* (4). Il résulte de la formule de Bourjon que le privilége était consacré en faveur des domestiques en général, et qu'il avait lieu non-seulement à Paris, mais encore dans le ressort de la coutume qui, on le sait, étendait son empire sur une grande partie du territoire de la France coutumière. Du reste, l'acte de notoriété auquel renvoie Pothier ne dit rien de contraire, car, en énumérant les diverses créances qu'il était d'usage, au Châtelet, de payer par préférence dans la distribution du prix des meubles et deniers d'une succession, il énonce, d'une manière non moins générale que Bourjon, « *les gages des domestiques* pour une année échue au jour du décès, si tant il y a (5). » Et un arrêt de la Cour de Paris, adoptant ces données, déclare que, dans la coutume de Paris (par conséquent dans tout le ressort de la coutume), les domestiques avaient un privilége non-seulement sur le mobilier, mais encore subsidiairement sur le produit des immeubles pour leurs gages et salaires (6). Ainsi, en définitive, notre article confirme une pratique ancienne, assez

(1) *Voy.* MM. Persil (art. 2101, § 3, n° 1), Dalloz (*loc. cit.*, n° 7), Zachariæ (t. II, p. 102 et 103).
(2) Bourjon (*Droit commun*, liv. 6, tit. 8, n° 71).
(3) *Voy.* MM. Troplong (n° 142) et Valette (n° 29).
(4) Pothier (*Tr. de la proc. civ.*, n° 492).
(5) *Voy.* l'Acte de notoriété, à sa date, dans la collection de Denisart (p. 108 et 109).
(6) Paris, 14 thermidor an 11.

généralement suivie, lorsquè, en reprenant à peu près le texte de Bourjon, il range parmi les priviléges sur la généralité des meubles (et subsidiairement sur les immeubles), « les salaires des gens de service pour l'année échue et ce qui est dû sur l'année courante. »

80. Et ceci même, cette origine de la loi, concourt à nous en donner l'explication sur l'un des points qui ont soulevé le plus de controverses, nous voulons parler du sens qu'il convient d'attacher aux expressions « gens de service » dont se sert le législateur. Evidemment la loi exprime là, en des termes différents, la pensée même qui s'attachait au mot *domestique* dans l'usage que notre texte a consacré. Or, dans son acception usuelle, la qualification de domestique s'applique à tous ceux qui, moyennant un salaire, se mettent au service de la personne, de la famille. C'est aussi dans cette acception que devront être prises les expressions *gens de service* employées dans notre article. Ces dernières expressions n'ont été substituées au mot *domestique*, dont on se servait sous l'ancienne jurisprudence, et dont on s'était servi aussi dans la loi de brumaire an 7, dont l'art. 11 consacrait expressément aussi le privilége des domestiques, qu'en vue d'une plus grande généralité, et pour faire mieux entendre que le privilége est accordé à tous les serviteurs de la personne ou de la famille, et par conséquent au portier, au cocher, au maître d'hôtel, à la femme de chambre, aux pâtres, aux valets de ferme, à tous ceux en un mot qui, tout en ayant et en reconnaissant un maître, ne sont pas désignés habituellement, en raison du service particulier auquel ils sont attachés, sous l'appellation commune de *domestiques*. Mais la substitution de la qualification actuelle à la qualification commune n'a pas été faite en vue d'étendre la pensée de la loi, et de faire supposer que le privilége serait désormais accordé à d'autres services que ceux en vue desquels il a été primitivement établi. Cela résulte du rapport fait au Tribunat par M. Grenier (1), rapport dans lequel on lit que ce privilége, et tous ceux de notre article, ont été établis « parce qu'il eût répugné, surtout pour des sommes ordinairement modiques, et qui rarement entrent en considération dans les affaires d'intérêt, *d'éloigner d'un citoyen les secours offerts à ses infirmités ou à sa misère*, en privant ceux qui sont disposés à les donner de l'espoir d'être payés sur les objets qui sont au pouvoir du débiteur et en évidence, et que de bonne foi ils ont regardés comme leur gage. »

81. D'après cela, le privilége ne sera pas étendu aux appointements des clercs d'officiers publics ou ministériels, comme notaires, avoués, etc. (2); car la convention qui intervient entre l'officier et le clerc est d'un ordre supérieur à raison de son but et de ses effets; elle intéresse l'ordre public, puisqu'elle est la base et le point de départ d'un noviciat à la suite duquel le clerc acquiert la capacité qui lui permettra d'exercer à son tour; elle impose au clerc des devoirs non-seulement

(1) *Voy.* Locré (t. XVI, p. 383).
(2) *Voy.* C. d'Aix, 21 mars 1844; Cass., 15 janv. 1855 (*J. P.*, 1855, t. II, p. 99).

envers son patron, mais encore envers la société : à tous ces titres, cette convention se distingue donc profondément de celle qui se forme entre le maître et son domestique.

82. Le privilége n'existera pas non plus au profit des professeurs attachés à une maison d'éducation (1), ni au profit des secrétaires, précepteurs et bibliothécaires. M. Troplong est, sur ce dernier point, d'un avis différent (2) ; il ne fait aucune difficulté, dit-il, d'appliquer notre article aux secrétaires et à tous agents qui, moyennant un traitement fixe à l'année, font tourner la totalité de leur travail au profit de celui qui les paye. Mais, il faut le répéter, les mots *gens de service* employés par notre article n'ont pas un autre sens que le mot *domestique* dont on s'était servi jusqu'à notre Code. Or il y a assurément une différence essentielle entre les domestiques proprement dits, ceux dont l'emploi, comme le dit ailleurs M. Troplong lui-même (3), exclut les nobles tendances de l'esprit et les personnes distinguées par la culture de leur intelligence, comme sont les bibliothécaires, les précepteurs, les secrétaires. C'est une première raison de rejeter l'opinion émise par M. Troplong. Et puis, les motifs mêmes de la loi en fournissent une seconde. Ce que veut le législateur, en consacrant le privilége des gens de service, c'est, d'une part, sauvegarder en faveur du créancier le salaire, d'ailleurs fort modique, qui constitue ordinairement son unique ressource, et, d'une autre part, donner appui au débiteur, même atteint dans sa fortune, en retenant auprès de lui, au moyen d'une garantie spéciale, des serviteurs que son insolvabilité pourrait éloigner, et en lui ménageant ainsi, par humanité, des soins et des services qui peuvent être devenus une nécessité de sa vie. Comment, d'après cela, un bibliothécaire, un précepteur, un secrétaire, pourraient-ils invoquer le bénéfice du privilége? Ils ne le peuvent pas assurément ; car, d'un côté, il ne serait pas exact, en général, de dire, à leur égard, que leur créance est peu considérable, ni qu'elle constitue à peu près leur unique avoir ; et, d'un autre côté, le débiteur peut être privé, sans que l'humanité en soit blessée, de l'office d'un secrétaire, d'un précepteur, ou d'un bibliothécaire.

83. De même on n'accordera pas le privilége au mandataire salarié pour son traitement ou pour les bénéfices qui lui avaient été promis dans l'entreprise dont il a eu la gestion (4), car le mandataire ne peut, à aucun titre, être rangé dans la classe des gens de service. Et par identité de raison, le privilége sera refusé également au commis voyageur (5), qui n'est, à vrai dire, que le mandataire de la maison pour laquelle il voyage.

84. Mais l'accordera-t-on aux simples commis des marchands ou des négociants? Ceci a fait plus de doute, et la jurisprudence s'est di-

(1) *Voy.* C. de Toulouse, 7 déc. 1838.
(2) M. Troplong (*Priv. et hyp.*, n° 142).
(3) M. Troplong (*Du louage*, n°s 791 et suiv., et n° 848).
(4) Req., 8 janv. 1839.
(5) Montpellier, 12 juin 1829.

visée sur ce point, quelques arrêts ayant admis le privilége (1), d'autres l'ayant rejeté (2). Cependant la raison même des choses nous dit que les premiers arrêts ajoutent à la loi. Il est évident, en effet, que les priviléges établis ici par les divers paragraphes de notre article sont réservés, sauf en ce qui concerne celui des frais de justice (dont la cause est toute spéciale) pour ces dépenses qui ont trait particulièrement à la *personne* du débiteur, ce qui ne saurait s'appliquer au traitement des commis marchands ou des commis négociants. Les commis ne sauraient donc être compris sous la dénomination de gens de service employée par notre article, et ce qui le prouve bien, c'est que la loi de 1838 sur les faillites a cru nécessaire d'établir, en faveur des commis, dans un cas particulier, un privilége spécial pour les salaires de six mois, privilége auquel elle donne le même rang que celui des gens de service. (Code de commerce, art. 549.)

85. La même observation, et par les mêmes motifs, s'appliquera aux ouvriers employés dans les fabriques (3). Ici encore nous avons des arrêts en sens contraires qui décident que la dénomination de gens de service comprend ceux qui font un travail quelconque pour le maître qui les emploie, et spécialement le voiturier ou brouettier, le contre-maître ou chef-ouvrier (4). Mais il est clair que ces employés, pas plus que les commis marchands, ne sont attachés au service de la personne, ce qui ne permet pas de les classer parmi les serviteurs dont parle notre article : aussi voit-on que le Code de commerce donne également aux *ouvriers* un privilége spécial qui, sauf la réduction de la garantie aux salaires d'un mois, est le même que celui qu'il confère aux commis (même art. 549), établissant virtuellement par là que les ouvriers, pas plus que les commis, ne rentrent dans les prévisions du n° 4 de notre article.

86. Après nous être fixés sur la pensée de la loi en ce qui concerne les personnes qui ont droit au privilége des gens de service, nous avons à indiquer l'étendue de ce privilége. A cet égard, le texte est fort précis ; il exprime que la sûreté a pour objet *les salaires de l'année échue et ce qui est dû sur l'année courante.* A la vérité, l'art. 2272 nous dira plus tard que l'action des domestiques qui se louent à l'année, pour le payement de leurs salaires, *se prescrit par un an*, ce qui semble ne pas marcher d'accord avec notre article, qui accorde le privilége pour le salaire de *plus d'une année.* Mais les deux textes se concilient aisément, si l'on songe que la prescription a pu cesser de courir, dans les termes de l'art. 2274, lorsqu'il y a eu compte arrêté, cédule ou obligation, ou citation en justice non périmée ; si l'on songe encore qu'il s'agit ici d'une créance à jour fixe,

(1) Metz, 4 mai 1820 ; Lyon, 1er fév. 1831 ; Paris, 10 août 1834 et 15 fév. 1836.
(2) Bruxelles, 30 août 1814 ; Lyon, 6 mai 1842 ; Trib. de comm. de la Seine, 28 janv. 1834.
(3) Cass., 10 fév. 1820 ; Bourges, 14 fév. 1823 ; Paris, 30 juill. 1828, 1er août 1834, 20 mars 1837 ; Lyon, 6 mai 1842.
(4) Colmar, 10 déc. 1822 ; Rouen, 27 août 1825 ; Lyon, 25 avril 1836.

dont la prescription, d'après l'art. 2257, ne court pas tant que ce jour fixe, c'est-à-dire la fin de l'année, n'est pas arrivé; et qu'ainsi, bien que l'action des domestiques qui se louent à l'année se prescrive par un an, il se peut très-bien faire que le maître doive à son domestique les salaires de plus d'une année. C'est dans cette prévision que notre article statue, et il se combine à merveille avec les dispositions de la loi sur la prescription, lorsqu'il attache le privilége des gens de service aux salaires de l'année échue et de ce qui est dû sur l'année courante.

Que si les domestiques se sont loués au mois, au trimestre ou au semestre, le règlement ou l'étendue du privilége devra se combiner alors avec l'art. 2271. En aucun cas, leur créance, pas plus que celle des domestiques engagés à l'année, ne sera privilégiée au delà du salaire de l'année échue et de ce qui est dû sur l'année courante, et même il faudra, pour que le privilége leur soit accordé dans cette mesure, que leur créance ait été conservée par l'interruption de la prescription, qui, à leur égard, est fixée à six mois. S'ils ont négligé d'interrompre la prescription, le privilége n'aura lieu que pour les salaires de six mois ou pour la portion de leur créance non éteinte par la prescription (1). Quelques auteurs vont jusqu'à dire que notre article n'est pas fait pour ce cas, et que le privilége qu'il consacre n'est dû à la créance des gens de service qu'autant qu'ils sont engagés et ont loué leur travail à l'année (2). Il est évident pour nous que telle n'a pas été la pensée de la loi. Il suffit, pour que le bénéfice du privilége qu'elle établit ici soit acquis à la créance, que cette créance appartienne à des gens de service, à des domestiques, et qu'elle ait son principe et sa cause dans les salaires que le maître devait leur payer. La loi n'exige rien de plus; et si elle compte par *année* la somme des salaires privilégiés, c'est évidemment pour fixer le temps le plus long auquel puisse s'étendre le privilége des salaires, et nullement pour faire de l'engagement à l'année la condition du privilége. La distinction que l'on veut établir, sous ce rapport, entre les gages payables après l'année échue et les gages payables par mois, par trimestre, par semestre, n'a pas de raison d'être, puisque, incontestablement, les serviteurs qui s'engagent à l'année ne sont pas plus favorables que ceux qui se louent par fractions moindres de temps.

87. Dans tous les cas, c'est à raison de leurs salaires seulement que les gens de service ont droit au privilége établi par le n° 4 de notre article. La même sûreté ne devrait donc pas être accordée pour les *avances* que les domestiques font quelquefois pour le service de la famille (3). Ces *avances* peuvent bien, suivant l'occurrence, être garanties par le privilége que le n° 5 de notre article accorde aux fournitures de subsistances; par exemple, si les avances ont été faites pour

(1) MM. Duranton (t. XIX, n° 50), Valette (n° 33), Mourlon (n° 79).

(2) Notamment M. Troplong (n° 142).

(3) Delvincourt (t. III, p. 270, note), MM. Persil (art. 2101, § 4, n° 3) et Dalloz (*loc. cit.*, n° 11).

acheter des aliments : mais elles ne constituent ni une créance de salaires, ni même des accessoires de la créance pour salaires; le n° 4 de notre article ne saurait donc, à aucun titre, leur être appliqué.

VI. — 88. *Des fournitures de subsistances.* — La loi place au cinquième et dernier rang des créances privilégiées sur la généralité des meubles (et subsidiairement sur les immeubles) les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille. Le privilége ici procède de la même cause que ceux des frais funéraires et des frais quelconques de la dernière maladie (*suprà*, nos 71 et 76) : la loi veut que la crainte de perdre ne détourne pas les marchands de la pensée de fournir au débiteur ce dont il a besoin pour sa vie de chaque jour. Mais il s'agit ici de ces dépenses qui doivent être payées sans retard, et pour lesquelles plus particulièrement le créancier suit la foi de son débiteur; c'est pourquoi, tout en accordant un privilége qui prémunisse le créancier contre une déchéance absolue de son droit, le législateur ne lui donne cependant que le dernier rang parmi les créanciers privilégiés sur la généralité des meubles.

89. Il faut se demander d'abord quels sont les créanciers qui ont droit à ce dernier des priviléges établis par notre article. A cet égard, la disposition est précise; elle déclare privilégiées « les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille, savoir: pendant les six derniers mois, par les *marchands en détail*, tels que boulangers, bouchers et autres; et pendant la dernière année, par les *maîtres de pension* et les *marchands en gros.* » Ainsi, les marchands en gros, les marchands en détail, les maîtres de pension, tels sont ceux dont la créance pour fournitures de subsistances est déclarée privilégiée. Peut-être la créance du maître de pension, à raison de ses fournitures de subsistances, ne présente-t-elle pas en elle-même des motifs suffisants pour justifier la faveur dont elle jouit; aussi voit-on que le privilége ne lui a pas été conservé par la loi belge du 16 décembre 1851, qui a réformé le régime hypothécaire en Belgique (1). Quoi qu'il en soit, cette créance est privilégiée chez nous au même titre que celles des marchands en gros et des marchands en détail. Mais il n'est pas permis d'aller au delà des prévisions de la loi. Elle parle des marchands en gros et des marchands en détail : donc on ne considérera pas comme privilégiées les fournitures qui auraient été faites par un particulier non marchand (2): celui-ci pourra, suivant l'occurrence, jouir du privilége spécial que l'art. 2102 consacre en faveur du vendeur d'effets mobiliers non payés; mais ce n'est pas pour lui qu'est établi le privilége général dont nous nous occupons ici. La loi parle ensuite des

(1) L'art. 19 de cette loi déclare privilégiées les fournitures de subsistances faites pendant les six mois, sans énoncer les personnes par lesquelles des fournitures doivent avoir été faites; mais il résulte de la discussion que celles faites par les maîtres de pension ne sont plus privilégiées en Belgique. — *Voy.* le *Comm. législatif* publié par M. l'avocat général Delebecque (p. 93 et 99, n° 111).

(2) Grenier (t. II, n° 304), MM. Persil (art. 2101, § 5, nos 1 et 7), Duranton (t. XIX, nos 65 et 68), Dalloz (*loc. cit.*, nos 13 et 17), Taulier (t. VII, p. 134, 135), Troplong (n° 147 bis).

maîtres de pension : donc le privilége ne serait pas accordé aux maîtres ou instituteurs qui donnent des leçons au mois ou au cachet, si tant est qu'ils eussent fait des fournitures de l'espèce que la loi a en vue.

90. Du reste, en consacrant le droit des maîtres de pension et des marchands, soit en gros, soit en détail, notre article fait entre eux une différence notable quant à la mesure dans laquelle ce droit est concédé : tandis que les maîtres de pension et les marchands en gros ont privilége à raison des fournitures faites *pendant la dernière année*, les marchands en détail ne sont privilégiés que pour leurs fournitures *des six derniers mois*. C'est ici une réminiscence de notre ancien droit, constaté par la coutume de Paris, dont l'art. 126 établissait la prescription de *six mois*, pour l'action « des marchands, gens de métier et autres vendeurs de marchandises et denrées *en détail*... », tandis que l'art. 127 portait à *un an* la prescription de l'action des « drapiers, merciers, épiciers, orfévres et *autres marchands grossiers*... » : seulement, le souvenir n'était pas présent à l'esprit des rédacteurs du Code, quand ils discutaient le titre de la *Prescription*, dont la promulgation avait précédé de quatre jours celle du titre des *Hypothèques ;* car, supprimant alors toute distinction entre les marchands en gros et les marchands en détail, ils avaient dit, d'une manière générale, à l'art. 2272, que l'action des maîtres de pension et « celle des marchands, pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers non marchands, » se prescrivent *par un an*. Il résulte de là que notre article n'est pas en rapport entièrement (quoique M. Troplong paraisse supposer le contraire) (1), avec l'art. 2272. Cela est bien évident, puisque si le délai de la prescription et la mesure du privilége marchent d'accord en ce qui concerne les maîtres de pension et les marchands en gros, il n'en est pas de même à l'égard des marchands en détail, dont l'action se prescrit aussi *par un an*, tandis que le privilége ne les protége que pour leurs fournitures *des six derniers mois*.

D'après cela, on s'est demandé quelle serait la mesure du privilége du marchand en gros qui aurait fait une fourniture en détail, ou, réciproquement, du marchand en détail qui aurait fait une fourniture en gros. A notre avis, la question ne présente pas un doute sérieux : c'est toujours la nature de la fourniture qu'il faudra prendre en considération, et jamais la catégorie à laquelle appartient le marchand (2). Ainsi, un marchand en gros de denrées coloniales a-t-il fait au débiteur des fournitures d'épicerie en détail, il faudra consulter la date de ces fournitures : si elles ne remontent pas au delà d'un an, l'action du marchand subsistera pour le tout, puisque la prescription ne s'acquiert que par un an contre les marchands indistinctement, soit qu'ils vendent en gros, soit qu'ils vendent en détail ; mais quoique le vendeur ici soit marchand en gros, comme il a vendu en détail, dans l'espèce, sa créance

---

(1) M. Troplong (nº 145).

(2) MM. Persil (2101, § 5, nº 3), Dalloz (*loc. cit.*, nº 14). — *Voy.* cependant Delvincourt (t. III, p. 271, notes) et M. Duranton (t. XIX, nº 61, à la note).

ne sera privilégiée que pour les fournitures des six derniers mois, et elle sera simplement chirographaire pour les fournitures faites pendant les six mois précédents.

91. Que faut-il entendre par les six *derniers mois* ou par la *dernière année?* Il est sans aucun doute que la dernière année ou les six derniers mois s'entendent ici non-seulement de ceux qui ont précédé le décès du débiteur, mais encore de ceux qui ont précédé, soit sa faillite, soit sa déconfiture (1). Nous nous référons à cet égard à ce que nous avons dit à l'occasion du privilége pour frais que conques de la dernière maladie (Voy. *suprà*, n° 76) : seulement, les points de départ devront être fixés avec précision, de manière à ce que le privilége du créancier, quel que soit l'événement qui donne lieu à la distribution des deniers, ne s'étende jamais à plus ni à autre chose que les fournitures, soit de la dernière année, soit des six derniers mois, suivant qu'il s'agit d'un marchand en gros ou d'un marchand en détail. Ainsi, le débiteur est-il décédé, le point de départ en remontant en arrière sera le décès, et les fournitures privilégiées seront celles qui auront été faites, soit dans l'année, soit dans les six mois qui ont précédé immédiatement cet événement; le débiteur est-il en état de faillite, le point de départ sera la déclaration de faillite, puisque à partir de là les secours alimentaires pour le failli et sa famille sont fixés par le juge-commissaire sur la proposition des syndics (art. 474, Code de commerce); le débiteur est-il en déconfiture, le point de départ sera la date de la production de ses titres, par le créancier, avec acte contenant demande en collocation, dans les termes de l'art. 660 du Code de procédure (2). Le privilége ne pourrait donc s'appliquer à des fournitures autres que celles faites pendant l'année ou pendant les six mois qui ont précédé immédiatement l'une ou l'autre de ces dates, suivant qu'on se trouve dans tel ou tel cas. La cour de Bordeaux (3) a très-justement décidé, en ce sens, qu'un fournisseur ne peut faire remonter son privilége jusqu'au commencement d'une période de six mois précédant un règlement de compte intervenu entre son débiteur et lui. Nous retrouvons le même principe dans un autre arrêt (4), qui va jusqu'à décider que le privilége ne peut être réclamé pour les fournitures antérieures, lors même qu'il y a eu action en payement, intentée contre le débiteur avant l'expiration des six mois ou de l'année. Cela est juste au fond; mais il ne faudrait pas pousser la solution jusqu'à une rigueur extrême; et si, l'action une fois introduite en justice, le résultat s'en trouvait différé, par l'effet des lenteurs judiciaires, jusqu'après l'expiration des six mois ou de l'année, il y aurait injustice flagrante à dépouiller le créancier d'un privilége dont, autant qu'il a été en lui, il a voulu s'assurer les effets (5).

---

(1) Paris, 28 janv. 1812; Limoges, 9 juin 1842; Bordeaux, 28 août 1844 (Dev., 43, 2, 10, et 45, 2, 407).
(2) *Sic* M. Valette (n° 35).
(3) *Voy.* l'arrêt déjà cité du 28 août 1844.
(4) *Voy.* l'arrêt également cité de Limoges du 9 juin 1842.
(5) *Voy.* M. Duranton (t. XIX, n° 63).

92. Les fournitures que notre article déclare privilégiées sont limitées à un autre point de vue encore ; elles ne sont privilégiées qu'autant qu'elles sont faites au *débiteur et à sa famille*, et qu'elles consistent en fournitures de *subsistances*. Sous l'un et l'autre rapport, la pensée de la loi doit être précisée.

La loi parle d'abord du *débiteur* et de *sa famille :* partant, les fournitures qui auront été faites, par exemple, à un aubergiste seront privilégiées pour la portion qui sera présumée avoir été consommée par l'aubergiste lui-même et par sa famille; elles ne le seront pas pour la portion qui aura été employée à la nourriture des voyageurs (1). Il en sera de même pour les fournitures faites à un maître de pension; privilégiées dans la mesure de ce qu'il en aura consommé lui-même pour sa famille et pour lui, elles ne le seront pas pour le surplus, c'est-à-dire pour ce qui en aura été appliqué aux besoins des professeurs et des élèves de l'établissement (2). Les voyageurs de l'auberge, et les maîtres ou élèves du pensionnat, sont évidemment en dehors de la famille, qui seule a préoccupé la pensée du législateur. Mais la famille comprend certainement, non-seulement les enfants, même majeurs, du débiteur, s'ils habitent avec lui et s'ils n'ont pas séparé leurs intérêts de ceux de leur père, mais encore les ascendants et tous les parents ou alliés que le débiteur a avec lui dans sa maison, et qui constituent la famille dont il est le chef (3) et aussi les domestiques et gens de service qu'il nourrit habituellement.

La loi parle ensuite des *subsistances;* et par là il faudra entendre tout ce que nécessite la consommation journalière du ménage en denrées alimentaires ou non. Ainsi le privilége ne s'appliquera pas aux fournitures de vêtements, et, quelque regrettable qu'il soit de refuser la sûreté du privilége pour les vêtements au moins nécessaires, il n'y a pas à hésiter, le mot *subsistances* ne pouvant à aucun titre, dans notre langue, s'appliquer aux objets dont nous nous servons pour nous vêtir. Encore moins considérera-t-on comme privilégiées les fournitures de livres, de papier, de plumes et autres du même genre que les maîtres de pension ont coutume de faire à leurs élèves. De même on ne regardera pas comme privilégiée la créance des professeurs au mois ou au cachet, soit à raison des fournitures du même genre qu'ils auraient pu faire à leurs élèves, soit à raison des leçons qu'ils ont données. — Mais les fournitures faites pour l'éclairage, pour le chauffage, la cuisson des aliments, pour le blanchissage, sont des fournitures de subsistances au même titre que les fournitures alimentaires, parce qu'elles rentrent dans les choses *nécessaires* à la consommation du ménage aussi bien que les fournitures alimentaires dont elles sont les accessoires naturels et indispensables : seulement, ici, comme pour les frais funéraires et ceux de la dernière maladie dont nous avons parlé plus haut, il faudra tenir compte de la position sociale du débiteur et n'accorder

(1) Rouen, 14 juill. 1819; Lyon, 14 déc. 1832; Req., 27 fév. 1833.
(2) Paris, 5 mars 1838.
(3) Persil (art. 2101, § 5, n° 4), Dalloz (*loc. cit.*, n° 15), Valette (n° 35).

le privilége qu'autant que les fournitures auraient, eu égard à cette position, un caractère de véritable nécessité. Il n'y a pas, on le comprend bien, de règle précise à tracer dans cet ordre d'idées; tout est livré à l'appréciation des tribunaux, qui, dans leur sagesse, sauront toujours donner satisfaction aux intérêts en présence.

§ 2. — Des priviléges sur certains meubles.

93. Le Code, après avoir énuméré les priviléges généraux sur les meubles et subsidiairement sur les immeubles, passe à la seconde catégorie des priviléges, c'est-à-dire aux priviléges spéciaux sur certains meubles. Un seul article, l'art. 2102, est consacré à l'énumération des priviléges de cette seconde catégorie. Il ne faut pas croire cependant que cet article les énumère tous; il en est d'autres qui sont établis par le droit commercial, et que nous pouvons rattacher à l'art. 2120 du Code Napoléon. C'est pourquoi nous commencerons le présent paragraphe par le commentaire de ce dernier article, qui, quoique écrit au chapitre des *Hypothèques*, se place plus convenablement, comme nous allons le montrer au numéro suivant, dans la matière des *Priviléges*.

2120. — Il n'est rien innové par le présent Code aux dispositions des lois maritimes concernant les navires et bâtiments de mer.

SOMMAIRE.

I. Notre article appartient à la matière des priviléges; c'est pourquoi nous ne suivons pas l'ordre du Code, qui l'a classé au chapitre des hypothèques.

II. *Priviléges sur les navires et autres bâtiments de mer.* — Ces priviléges sont énumérés, dans l'ordre où ils s'exercent, par l'art. 191 du Code de commerce. — Texte de cet article et observations particulières à quelques-unes des dettes privilégiées qu'il énumère.

III. *Privilége sur le fret.* — Il a pour objet d'assurer le payement des loyers des matelots. Mode d'exercice du privilége. — Art. 271 C. comm.

IV. *Privilége des créanciers résultant de la charte partie.* — Art. 280 C. comm. — Concours de ce privilége avec le précédent.

V. *Privilége sur le chargement.* — C'est celui qui est accordé au capitaine pour son fret. — Art. 307 et 308 C. comm. — Conditions auxquelles le privilége est conservé. — De son objet. — De son étendue. — De son rang.

VI. De quelques autres priviléges établis par les lois sur le commerce en général : — *Privilége des commissionnaires :* C. comm., art. 93 et suiv. : renvoi; — 2° *Privilége des commis et des ouvriers* dans le cas prévu par l'art. 549 du Code de comm. : renvoi; — 3° *Privilége de la ville de Paris sur les cautionnements des bouchers*, etc. : décret des 7 fév. 1811 et 15 mai 1813; — 4° *Privilége des facteurs de la halle aux farines sur le dépôt de garantie des boulangers :* décret du 27 fév. 1811; — 5° *Privilége sur les cautionnements des directeurs de théâtre :* arrêté ministériel du 28 septembre 1853.

I. — 94. Le Code classe notre article dans le chapitre des hypothèques, ce qui tendrait à faire croire qu'il peut être question d'*hypothèques* sur les *navires* et *bâtiments*. Il est bien clair cependant que les seuls droits de préférence dont il puisse être question ici ne seront jamais que des *priviléges*, puisque les navires et autres bâtiments de mer sont déclarés meubles par la loi (Code de commerce, art. 190, et



Code Napoléon, art. 531) et placés ainsi hors de la catégorie des biens susceptibles d'hypothèque (Code Napoléon, art. 2118, 2119.) C'est pourquoi nous intervertissons encore l'ordre des articles du Code. Nous suivons en ceci l'exemple de la loi belge du 16 décembre 1851, qui, en réformant le régime hypothécaire de la Belgique, s'est départie, par rapport à notre article, de l'ordre du Code : seulement, la loi belge place cet article parmi les dispositions générales sur les priviléges et hypothèques, et nous le plaçons dans le chapitre des priviléges auquel il se rattache plus particulièrement.

II. — 95. *Priviléges sur les navires et autres bâtiments de mer.* — Les lois maritimes auxquelles notre article s'était référé ont été refondues ensuite dans le livre II du Code de commerce, et les dispositions spéciales qu'il avait principalement en vue, placé qu'il est dans le titre relatif aux causes légitimes de préférence entre créanciers, ont été reprises dans les articles 191 et suivants de ce Code, où est réglée la matière des *priviléges sur les navires et autres bâtiments de mer*. Voyons donc, sans y insister cependant au delà de ce qui convient à notre cadre et à notre sujet, ce qui résulte de ces articles.

96. Les dettes privilégiées sur les navires et autres bâtiments de mer sont énumérées, par l'art. 191 du Code de commerce, dans une série de onze numéros, dont quatre ou cinq seulement ont fait naître quelques difficultés. Disons d'abord que ces priviléges spéciaux s'exercent, suivant l'art. 191, dans l'ordre même où ils sont énumérés, sauf le cas d'insuffisance du prix, cas dans lequel tous les créanciers désignés par ledit article viennent, aux termes de son dernier paragraphe, en concurrence et au marc la livre, et sauf aussi le cas où des créanciers d'ordres divers changeraient entre eux l'ordre établi par la loi, à la condition toutefois que l'interversion se fît jusqu'à due concurrence, c'est-à-dire dans la limite de la créance d'un ordre préférable, au montant de laquelle devrait être restreinte celle d'un ordre inférieur qui lui serait substituée (1).

97. Voici maintenant, dans l'ordre même où elles sont énumérées par l'art. 191, les dettes que cet article déclare privilégiées :

1° Les frais de justice et autres, faits pour parvenir à la vente et à la distribution du prix ; — le premier rang devait être assigné à cette dette, qui, dans les termes du droit commun, jouit d'un privilége général (Voy. le Comment. de l'art. 2101) ;

2° Les droits de pilotage, tonnage, calc, amarrage et bassin ou avant-bassin ; — privilége en faveur du Trésor public, mais qui cependant profite à ceux qui justifient avoir acquitté les droits à la décharge des débiteurs (2) ;

3° Le gage du gardien, et frais de garde du bâtiment, depuis son entrée dans le port jusqu'à la vente ; — privilége qui s'étend à tout le navire, encore que la garde ne s'applique qu'à une partie, la coque ou

(1) M. G. Massé (*Droit comm. dans ses rapp. avec le droit des gens et le droit civil*, t. VI, n° 601).

(2) *Voy.* M. Persil (art. 2102, § 7, n° 5).

les apparaux, sauf le cas où ils auraient été vendus séparément (1);

4° Le loyer des magasins, où se trouvent déposés les agrès et les apparaux; privilége indépendamment duquel le locateur a encore un droit de nantissement sur les agrès dont il serait détenteur (2);

5° Les frais d'entretien du bâtiment, de ses agrès et apparaux, depuis son dernier voyage et son entrée dans le port;

6° et 7° Les gages et loyers du capitaine et autres gens de l'équipage employés au dernier voyage; les sommes prêtées au capitaine pour les besoins du bâtiment pendant le dernier voyage, et le remboursement du prix des marchandises par lui vendues pour le même objet; — ces priviléges n'ont lieu qu'autant que les dettes sont nées pendant le dernier voyage; ils ne pourraient donc être exercés si les dettes avaient été contractées dans un voyage antérieur (3). — Mais quand le privilége est dans le cas d'être exercé, il suffit que les créanciers justifient de la nécessité des emprunts, dans les termes et suivant les conditions déterminées par l'art. 192, n° 5 du Code de commerce, pour que leur droit ne puisse pas être contesté. La circonstance que le capitaine aurait, par infidélité ou par toute autre cause, employé les fonds empruntés à une destination autre que celle à laquelle ils étaient affectés, ne saurait être opposée aux créanciers, car ils n'ont pas à justifier de l'utilité de l'emploi pour être admis à exercer leur droit (4). Du reste, dans le cas où plusieurs emprunts auraient été faits pendant le même voyage, les prêteurs viendraient concurremment entre eux s'ils avaient prêté simultanément; mais si les prêts avaient été successifs, le dernier prêt serait préféré, comme plus utile, en ce qu'il aurait conservé la chose (5);

8° Les sommes dues aux vendeurs, aux fournisseurs et ouvriers employés à la construction, si le navire n'a point encore fait de voyage, et les sommes dues aux créanciers pour fournitures, travaux, main-d'œuvre, pour radoub, victuailles, armement et équipement, avant le départ du navire, s'il a déjà navigué. — Mais ce privilége est perdu dès l'instant que le navire a fait un voyage pour le compte de l'acquéreur, et il est perdu d'une manière absolue, c'est-à-dire non-seulement vis-à-vis des autres créanciers privilégiés, mais encore, contrairement à la doctrine émise par Emérigon (t. II, ch. 2, sect. 4, n° 7) sous l'ancien droit, par rapport aux créanciers ordinaires de l'acquéreur (6). — Le privilége est perdu également, ou plutôt il n'existe pas pour les ouvriers et pour ceux qui ont fait des fournitures à un constructeur de navires,

(1) *Voy.* Locré (t. I, p. 15).

(2) *Voy.* MM. Boulay-Paty (t. I, p. 114) et Pardessus (n° 943).

(3) *Voy.* M. Boulay-Paty (t. I, p. 115). — *Voy.* aussi Aix, 21 nov. 1833 (*J. de Marseille*, 14, 1, 257).

(4) *Voy.* Valin (sur l'art. 7, tit. du *Contr. à la grosse*), Pothier (*Contr. à la grosse*, n° 52), Émérigon (t. II, ch. 4, sect. 4, § 7). — *Voy.* aussi MM. Boulay-Paty (t. I, p. 119), Pardessus (n° 946), G. Massé (*loc. cit.*, n° 596).

(5) *Voy.* MM. Persil (art. 2102, § 7, n° 11) et G. Massé (*loc. cit.*).

(6) *Voy.* Aix, 17 juill. 1828. — *Voy.* encore Valin (sur l'art. 17, tit. 14), et MM. Boulay-Paty (t. I, p. 122 et suiv.), Dalloz (*Rép.*, v° Hyp. et priv., ch. 1, sect. 2, art. 1, n° 8).

lorsque celui-ci travaillait à forfait et non pour son propre compte, du moins quand les ouvriers et les fournisseurs ont connu cette circonstance (1). Des auteurs et des arrêts, allant plus loin, ont décidé que par cela seul que le constructeur travaille à forfait, les ouvriers et les fournisseurs n'ont pas de privilége, encore qu'ils aient ignoré le marché fait par le constructeur et aient pu croire que celui-ci travaillait pour son propre compte (2). Mais cette doctrine est généralement contredite (3), et très-justement; car, avec elle, les ouvriers et les fournisseurs sont exposés à devenir victimes de collusions frauduleuses entre le propriétaire et le constructeur, sans avoir aucun moyen de les empêcher. — Du reste, le prix de l'assurance doit être considéré comme représentant le navire, en sorte que le navire assuré venant à périr, les ouvriers et fournisseurs conservent leur privilége sur le prix (4);

9° Les sommes prêtées à la grosse sur le corps, quille, agrès, apparaux, pour radoub, victuailles, armement, équipement, avant le départ du navire; et, dès que le contrat à la grosse est formé, le privilége subsiste, bien que le contrat vienne à être rompu avant le risque commencé; il subsiste sinon quant au profit maritime auquel le prêteur n'a plus aucun droit par suite de la rupture du contrat, au moins quant à l'intérêt ordinaire, qui ne cesse pas d'être dû (5). En effet, le privilége est la condition, non pas du risque, mais du prêt. Il en serait autrement, et le privilége cesserait d'exister, si les parties convertissaient le contrat en un prêt ordinaire (6);

10° Le montant des primes d'assurances faites sur le corps, quille, agrès, apparaux, et sur armement et équipement du navire, dues pour le dernier voyage; mais lorsque le navire a été assuré pour un seul voyage, avec limitation de temps, le privilége n'est pas restreint à la prime due pour le dernier voyage, il s'étend à la totalité des primes, sans aucune distinction des voyages faits jusqu'à l'expiration du temps limité, lesquels doivent être considérés, vis-à-vis de l'acquéreur, comme un seul et même voyage : ce n'est pas ici le cas d'appliquer la présente disposition de l'art. 191 (7);

11° Enfin, les dommages-intérêts dus aux affréteurs, pour le défaut de délivrance des marchandises qu'ils ont chargées, ou pour rembour-

(1) Poitiers, 23 avril 1846 (Dev. 47, 2, 630).

(2) Rennes, 7 mai 1818, et Rouen, 31 mai 1826. — *Voy*. aussi MM. Persil (*Quest*., ch. 4, § 4), et Favard (vº Privilége, sect. 1, § 2, nº 19).

(3) Caen, 21 mars 1827; Aix, 30 mai 1827; Req., 30 juin 1829, et MM. Boulay-Paty (t. I, p. 124 et suiv.), Pardessus (nº 603), Delvincourt (t. II, p. 185), Dalloz (*loc. cit*., nº 9). — *Voy*. encore Émérigon (t. II, ch. 12, sect. 3), Valin (sur l'art. 17, tit. 24).

(4) *Voy*. Bordeaux, 28 janv. 1839 (Dalloz, 39, 2, 142), et Valin (art. 3, tit. 12, liv. 1er, de l'ord. de la marine). — *Voy*. cependant Émérigon (t. II, ch. 12, sect. 7) et MM. Boulay-Paty (t. I, p. 135), Delvincourt (p. 186), Pardessus (nº 957), et Dalloz (*loc. cit*., nº 11).

(5) Caen, 28 févr. 1844 (*J. P*., 44, 2, 387; Dev., 44, 2, 295; Dalloz, 44, 2, 184), et Émérigon (t. II, ch. 12, sect. 2). — *Voy*. cependant MM. Boulay-Paty (t. I, p. 141 et suiv.), Persil (*Quest*., t. I, p. 60), Dalloz (*loc. cit*., nº 12).

(6) *Voy*. l'arrêt déjà cité de la Cour de Caen, 28 fév. 1844.

(7) *Voy*. Rouen, 7 juill. 1828, et M. G. Massé (*loc. cit*., nº 599).

sement des avaries souffertes par lesdites marchandises par la faute du capitaine ou de l'équipage.

98. Après avoir ainsi énuméré les dettes privilégiées sur les navires et autres bâtiments de mer, et avoir fixé l'ordre dans lequel les divers priviléges s'exercent (*voy.* n° 61), le Code de commerce s'occupe des formes à suivre pour constater l'existence des dettes privilégiées et des divers modes d'extinction des priviléges : c'est l'objet des art. 192, 193 et 194. Nous nous bornons à renvoyer à ces articles, dont les dispositions s'expliquent d'elles-mêmes, et nous passons à d'autres priviléges réglés encore par les lois maritimes auxquelles se réfère notre art. 2120.

III. — 99. *Privilége sur le fret.* — L'art. 271 du Code de commerce, confirmant la disposition contenue au n° 6 de l'art. 191 et y ajoutant, déclare que non-seulement le navire, mais encore le fret, est spécialement affecté aux loyers des matelots. Cependant le privilége, dans l'usage, ne s'exerce pas cumulativement sur le navire et sur le fret. Les choses sont-elles entières, les loyers des matelots seront payés sur le fret d'abord, car il y a là une ressource liquide; le navire, qu'il faudrait vendre, n'est atteint qu'après, subsidiairement et en cas d'insuffisance. Mais y a-t-il eu naufrage, les droits des matelots s'exerceront d'abord sur les débris qui auraient pu être sauvés, et le fret à son tour ne sera atteint que subsidiairement et en cas d'insuffisance des débris, le fret eût-il été acquis et encaissé antérieurement (1).

IV. — 100. *Privilége des créanciers résultant de la charte partie.* — Aux termes de l'art. 280 du Code de commerce, le navire, les agrès et apparaux, le fret et les marchandises chargées, sont respectivement affectés à l'exécution des conventions des parties. Ce privilége, comme on le voit, s'étend aux objets qui forment spécialement le gage des matelots pour leurs loyers. (*Voy.* le numéro qui précède.) Mais celui-ci est préférable, et, dans tous les cas, le fret sur lequel il porte en particulier ne peut être absorbé, au préjudice des matelots, ou même diminué, par l'effet des conventions particulières de la charte partie, qui leur est absolument étrangère (2).

V. — 101. *Privilége sur le chargement.* — Les art. 307 et 308 du Code de commerce donnent privilége au capitaine pour son fret sur les marchandises de son chargement, pendant quinzaine après leur délivrance, si elles n'ont passé en mains tierces. Ainsi le capitaine perd son privilége, et il le perd même avant l'expiration de la quinzaine, lorsqu'il s'est dessaisi des marchandises affectées à ce privilége et lorsqu'elles sont passées en mains tierces. Les marchandises seraient censées passées en mains tierces, par cela seul qu'après avoir été délivrées par le capitaine au commissionnaire au nom duquel est le connaissement, elles auraient été expédiées par ce dernier pour le compte d'un tiers à qui elles appartenaient déjà et dont ce commissionnaire n'était que le représentant (3).

(1) Trib. de Marseille, 6 avril 1830 (voy. *Journ. de Marseille*, 11, 1, 253). — Conf. M. Massé (*loc. cit.*, n° 602).
(2) *Voy.* M. Pardessus (n° 960).
(3) Rej., 9 juin 1845 (Dalloz, 45, 1, 412; Dév., 46, 1, 53).

102. Le privilége n'est accordé au capitaine que pour le fret. Ainsi il n'aurait pas lieu pour le prix dû par le passager à raison de son passage (1), ni pour le demi-fret qui est dû par le chargeur à cueillette, lorsque les marchandises sont retirées par celui-ci avant le départ (2). Mais il doit être accordé, relativement au fret entier, lorsque les marchandises sont retirées pendant le voyage, au moins pour la partie du fret correspondante à la partie du voyage effectuée (3).

103. Le privilége, aux termes de la loi, s'exerce sur les marchandises du chargement. Sur quoi il faut remarquer, avec M. Pardessus, que si le même affréteur a chargé diverses sortes de marchandises, par des connaissements différents, le privilége perdu ne se reporte pas sur les marchandises d'un autre, quoique faisant partie du même chargement, tandis que si la totalité avait été chargée par un seul connaissement, et si une partie était passée en mains tierces, le reste des marchandises demeurerait affecté au privilége, même pour la partie aliénée, encore qu'il y eût des prix différents pour chaque chose (4).

104. Enfin, le privilége du capitaine l'emporte sur tous autres; ainsi le capitaine doit être payé de son fret même avant le commissionnaire de ses avances, même avant le vendeur de son prix : les sommes dues pour le fret, venant en quelque sorte en diminution de la chose, se trouvent ainsi dues par la chose même plutôt que par l'expéditeur ou par le propriétaire; d'où il suit que le premier ne pourrait exercer son privilége ni le second son droit de revendication, sans avoir, au préalable, payé la somme due pour le fret (5).

VI. — 105. Tels sont les priviléges consacrés par les lois sur le commerce maritime, auxquelles notre article se réfère particulièrement. Mais, pour compléter la série des priviléges en matière commerciale, nous en indiquerons quelques autres établis par les lois relatives au commerce en général.

106. *Privilége du commissionnaire.* — Tout commissionnaire qui a fait des avances sur des marchandises à lui expédiées d'une autre place pour être vendues pour le compte d'un commettant a privilége, pour le remboursement de ses avances, intérêts et frais, sur la valeur des marchandises, si elles sont à sa disposition, dans ses magasins ou dans un dépôt public, ou si, avant qu'elles soient arrivées, il peut constater, par un connaissement ou par une lettre de voiture, l'expédition qui lui en a été faite. Telle est la disposition de l'art. 93 du Code de commerce. L'art. 94 complète la pensée, en ajoutant que si les marchandises ont été vendues et livrées pour le compte du commettant, le commissionnaire se rembourse, sur le produit de la vente, du montant de ses avances,

---

(1) Trib. de Bordeaux, 29 déc. 1824 (voy. *Mémorial*, 2, 115).

(2) *Voy.* MM. Boulay-Paty (t. III, p. 380), Dageville (t. II, p. 392), Devilleneuve et Massé (v° Fret, n° 136).

(3) *Voy.* MM. Boulay-Paty (*loc. cit.*), Devilleneuve et Massé (*ibid.*, n° 137).

(4) *Voy.* M. Pardessus (n° 962). — Conf. MM. Boulay-Paty (t. III, p. 480), Dalloz (*loc. cit.*, n° 16).

(5) *Voy.* MM. Pardessus (n° 961) et G. Massé (*loc. cit.*, t. VI, n° 604).

intérêts et frais, par préférence aux créanciers du commettant. Dans ces dispositions, la loi commerciale relève un cas particulier de gage en faveur duquel, pour favoriser l'expédition de marchandises d'une place à une autre, elle établit une dérogation notable au droit commun, en ce qu'elle fait résulter la constitution du gage, et le privilége qui en est la suite, de la simple expédition, concourant, d'ailleurs, avec les autres circonstances déterminées, sans qu'il soit besoin de cet acte public ou sous seing privé dûment enregistré, en dehors duquel, dans les termes du droit commun consacré par l'art. 2074 du Code Napoléon, le privilége ne peut avoir lieu dès qu'il s'agit de valeurs excédant 150 francs. — Des questions assez graves se sont élevées à l'occasion de cette disposition exceptionnelle; mais la nécessité de combiner à chaque instant, pour les résoudre, les règles spéciales de ces articles avec les principes du droit commun auquel elles dérogent, nous en a fait placer la discussion sous les art. 2074, 2075 et 2084 du Code Napoléon. (*Voy.* le *Commentaire-Traité du Nantissement.*)

107. *Privilége des commis et des ouvriers au cas de faillite du maître.* — Aux termes de l'art. 549 du Code de commerce, le salaire acquis aux ouvriers employés directement par le failli, pendant le mois qui aura précédé la déclaration de faillite, doit être admis au nombre des créanciers privilégiés, au même rang que le privilége établi par l'art. 2101 du Code Napoléon, pour le salaire des gens de service; et les salaires dus aux commis pour les six mois qui ont précédé la déclaration de faillite doivent être admis au même rang. Nous nous sommes expliqué à cet égard en commentant l'art. 2101. (*Suprà*, nos 84 et 85.)

108. *Privilége de la ville de Paris sur le cautionnement des bouchers.* — Le décret du 6 février 1811, relatif au commerce de la boucherie dans le département de la Seine, dispose, par son art. 31, que la ville de Paris aura privilége sur le cautionnement des bouchers, et sur la valeur estimative des étaux vendus à des tiers, ou supprimés et rachetés par le commerce de la boucherie, et sur ce qui leur sera dû pour viande fournie, et que ce privilége aura lieu jusqu'à concurrence du montant du crédit accordé aux bouchers, en vertu des art. 19 et suiv. du décret, et des sommes restées en arrière en vertu des délais accordés. — Un autre décret, en date du 15 mai 1813, relatif aux prêts faits par la caisse de Poissy au marché des vaches grasses et à la halle aux veaux, a ajouté que le privilége de la ville de Paris porterait également sur les créances des bouchers pour peaux et suifs (art. 4).

109. *Privilége des facteurs de la halle aux farines sur le dépôt de garantie des boulangers.* — Ce privilége est réglé par un décret du 27 février 1811, aux termes duquel, lorsqu'un boulanger quittera son commerce par l'effet d'une faillite, ou pour contravention à l'arrêté du 19 vendémiaire an 10, les facteurs de la halle qui justifieront, par contrôle de l'inspecteur ou par toute autre pièce authentique, qu'il est leur débiteur pour farines livrées sur le carreau de la halle, auront un privilége sur le produit de quinze sacs formant son dépôt de garantie dont la confiscation aura été ordonnée. En conséquence, dans le cas d'insuf-

fisance des autres biens et propriétés du boulanger failli ou retiré sans la permission du préfet de police, ils seront admis à exercer, au premier ordre et de préférence à tout autre créancier, leurs droits sur le produit de la vente dudit dépôt, jusqu'à concurrence du montant de leur créance.

110. *Priviléges spéciaux sur le cautionnement des directeurs de théâtre.* — Ce privilége a son principe dans un arrêté ministériel en date du 28 septembre 1853, qui détermine le rang des créanciers privilégiés sur le cautionnement des directeurs de théâtre, et place au premier le traitement des artistes et des employés, et au dernier les engagements de toute nature contractés par le directeur pour les besoins de l'exploitation. Mais il faut prendre garde que c'est la situation personnelle des artistes et des employés vis-à-vis du directeur qui a déterminé la préférence spéciale dont ils ont été l'objet; ils sont au premier rang, non-seulement parce qu'en eux se résume l'élément principal de l'industrie, mais encore parce que, ayant contracté avec le directeur, ils en sont les *employés* et en reçoivent un traitement. Donc, le rang qui leur est accordé ne pourrait être réclamé par tous autres qui, bien que concourant à l'exploitation par leurs travaux ou leurs fournitures, sont cependant des entrepreneurs plutôt que des employés. Tel serait, aux termes d'un arrêt récent de la Cour de Paris (1), l'entrepreneur qui aurait pris l'engagement de peindre et réparer les décors du théâtre moyennant un prix convenu à forfait. Ce prix, fût-il fixé à raison d'une somme par an, et stipulé payable par douzièmes de mois en mois, ne changerait pas le caractère de la convention, qui n'en resterait pas moins un marché, et rentrerait, à ce titre, dans la catégorie des engagements de toute nature, formant, aux termes de l'arrêté ministériel, la cinquième catégorie des créances privilégiées sur le cautionnement du directeur.

2102. — Les créances privilégiées sur certains meubles sont:

1° Les loyers et fermages des immeubles, sur les fruits de la récolte de l'année, et sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme et de tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme; savoir, pour tout ce qui est échu, et pour tout ce qui est à échoir, si les baux sont authentiques, ou si, étant sous signature privée, ils ont une date certaine; et, dans ces deux cas, les autres créanciers ont le droit de relouer la maison ou la ferme pour le restant du bail, et de faire leur profit des baux ou fermages, à la charge toutefois de payer au propriétaire tout ce qui lui serait encore dû;

Et, à défaut de baux authentiques, ou lorsque, étant sous signature privée, ils n'ont pas une date certaine, pour une année à partir de l'expiration de l'année courante;

Le même privilége a lieu pour les réparations locatives, et pour tout ce qui concerne l'exécution du bail;

(1) Paris, 26 avril 1855 (Dev., 55, 2, 411; *J. P.*, 1855, t. II, p. 285).

Néanmoins les sommes dues pour les semences ou pour les frais de la récolte de l'année, sont payées sur le prix de la récolte, et celles dues pour ustensiles, sur le prix de ces ustensiles, par préférence au propriétaire, dans l'un et l'autre cas;

Le propriétaire peut saisir les meubles qui garnissent sa maison ou sa ferme, lorsqu'ils ont été déplacés sans son consentement, et il conserve sur eux son privilége, pourvu qu'il ait fait la revendication; savoir, lorsqu'il s'agit du mobilier qui garnissait une ferme, dans le délai de quarante jours; et dans celui de quinzaine, s'il s'agissait des meubles garnissant une maison;

2° La créance sur le gage dont le créancier est saisi;

3° Les frais faits pour la conservation de la chose;

4° Le prix d'effets mobiliers non payés, s'ils sont encore en la possession du débiteur, soit qu'il ait acheté à terme ou sans terme;

Si la vente a été faite sans terme, le vendeur peut même revendiquer ces effets tant qu'ils sont en la possession de l'acheteur, et en empêcher la revente, pourvu que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison, et que les effets se trouvent dans le même état dans lequel cette livraison a été faite;

Le privilége du vendeur ne s'exerce toutefois qu'après celui du propriétaire de la maison ou de la ferme, à moins qu'il ne soit prouvé que le propriétaire avait connaissance que les meubles et autres objets garnissant sa maison ou sa ferme n'appartenaient pas au locataire;

Il n'est rien innové aux lois et usages du commerce sur la revendication;

5° Les fournitures d'un aubergiste, sur les effets du voyageur qui ont été transportés dans son auberge;

6° Les frais de voiture et les dépenses accessoires, sur la chose voiturée;

7° Les créances résultant d'abus et prévarications commis par les fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions, sur les fonds de leur cautionnement, et sur les intérêts qui en peuvent être dus.

SOMMAIRE.

I. La série de numéros présentée par cet article n'est pas une série d'ordre comme celle de l'art. 2101. — Énumération des divers priviléges spéciaux sur les meubles. — Principes qui les dominent tous.

II. *Loyers et fermages des immeubles.* — Principe du privilége. — Son origine.

III. Des personnes auxquelles le privilége est accordé. — Du propriétaire de la maison ou de la ferme; de l'usufruitier; du possesseur; du sous-locataire. *Quid* du tiers qui aurait payé la dette du locataire?

IV. Le privilége du bailleur porte d'abord sur tout ce qui garnit la maison ou la ferme louée, que les objets appartiennent au locataire lui-même ou à des tiers, qu'ils soient en évidence ou renfermés. Exceptions : argent comptant, titres de créance, objets perdus ou volés, objets introduits chez le locataire, le locateur sachant qu'ils appartiennent à des tiers. — Lorsque le bail a pour objet des biens ruraux, le privilége porte en outre sur les fruits de la récolte de l'année

I.—111. Notre article contient l'énumération des priviléges spéciaux sur certains meubles, de ceux au moins qui ont été établis par le Code Napoléon. Toutefois l'énumération n'implique rien quant à l'ordre dans lequel les priviléges énumérés devront être exercés, ou du moins elle ne fixe pas cet ordre d'une manière complète. L'article nous donne bien quelques indications à cet égard ; par exemple, il nous dit que les sommes dues pour les semences, pour les frais de la récolte de l'année, pour les ustensiles, passent, soit sur le prix de la récolte, soit sur le prix des ustensiles, avant la créance du propriétaire-locateur ; il nous dit encore que le privilége du vendeur ne vient qu'après celui du propriétaire de la maison ou de la ferme, sauf le cas où celui-ci aurait su que les meubles garnissant sa maison ou sa ferme n'appartiennent pas au locataire ; mais ce ne sont là que des indications de détail qui ne tranchent pas la difficulté de classement comme le fait l'art. 2101, où l'on trouve non-seulement l'indication des priviléges généraux sur les meubles (et subsidiairement sur les immeubles), mais encore, comme on l'a vu (*suprà*, n° 64), la fixation du rang dans lequel ces priviléges généraux doivent être classés entre eux. Donc, sauf à traiter de ce clas-

sement aux articles sous lesquels il convient de le placer (art. 2096, 2097), nous constatons, quant à présent, que notre article contient une énumération pure et simple, une série de numéros, et non point une série d'ordre.

112. Il faut remarquer, d'ailleurs, que l'énumération est fautive, en ce sens qu'au lieu de sept priviléges dont elle se compose, elle en renferme huit et même neuf en réalité. C'est que le premier numéro, qui a pour objet le privilége du propriétaire-locateur à raison de la créance résultant du bail, consacre aussi virtuellement un privilége du chef des sommes dues pour les semences ou pour les frais de récolte de l'année et un autre privilége du chef des sommes dues pour les ustensiles. Or ces priviléges, que la loi mentionne avec celui du propriétaire-locateur, et à l'occasion de celui-ci, s'en distinguent cependant profondément; ils constituent même en réalité des priviléges contre le propriétaire-locateur, puisque le but de la loi, en les mentionnant, est de dire que les sommes dues pour semences ou pour frais de récolte et les sommes dues pour ustensiles sont payées *par préférence au propriétaire*, soit sur le prix de la récolte, soit sur le prix des ustensiles. — Nous traiterons donc de ces priviléges distinctement, ce qui fait que les créances privilégiées dont nous aurons à parler successivement ici sont au nombre de huit, à savoir : 1° les loyers et fermages des immeubles; 2° les sommes dues pour semences, frais de récolte et ustensiles; 3° la créance sur le gage dont le créancier est saisi; 4° les frais faits pour la conservation de la chose; 5° le prix d'effets mobiliers non payés; 6° les fournitures d'un aubergiste; 7° les frais de voiture et les dépenses accessoires; 8° enfin les créances résultant d'abus et de prévarications commis par les fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions.

113. Ces divers priviléges se classent en deux catégories, ou se rattachent distinctement à deux principes nettement formulés par Grenier dans son rapport au Tribunat sur le titre des *Priviléges et hypothèques*. Le premier de ces principes, c'est que dans tous les cas où, par la nature des choses, un objet a dû être regardé comme le gage d'une créance, gage dont le créancier est considéré comme nanti en quelque sorte, il y aurait injustice flagrante à ce que ce créancier pût être dépouillé, sans être payé, de cet objet qui peut passer pour sien jusqu'à concurrence de la dette. Le second, c'est que lorsque la créance est le prix de vente d'une chose existant en nature, ou lorsque la chose ne doit son existence et sa conservation qu'aux avances faites par le créancier, il impliquerait que celui-ci ne fût pas préféré à tous autres sur la chose même ou sur le prix, puisque sans lui ou sans les avances qu'il a faites la chose n'aurait pu devenir le gage de personne ou n'aurait offert qu'un gage de moindre valeur (1). On verra, par l'examen que nous allons faire des divers priviléges énumérés dans notre article, qu'il n'en est pas un qui ne se rattache à l'un ou à l'autre de ces principes.

(1) *Voy.* Locré (t. XVI, p. 384).

II. — 114. *Des loyers et fermages d'immeubles.* — Celui qui livre sa chose, soit sa maison, soit sa ferme, au locataire qui va l'habiter ou l'exploiter, procure à celui-ci le moyen de satisfaire à l'une des premières nécessités de la vie, en même temps qu'il se prive lui-même de ce moyen, en vue du revenu qu'il recevra en compensation et avec lequel il pourvoira, à son tour, à ses besoins et à l'entretien de sa famille. Ceci nous montre combien il y va de l'intérêt général à ce que les locations soient facilitées. De là le privilége spécial dont nous nous occupons ici, lequel privilége, donnant pour gage au locateur le mobilier du locataire et les fruits de la récolte, c'est-à-dire des choses dont le locateur est en quelque sorte nanti à titre de gage, ou que même on peut regarder comme siennes jusqu'au payement (1), se rattache au premier des deux principes dont nous parlions tout à l'heure.

115. Il faut remonter jusqu'aux lois romaines pour retrouver l'origine de ce privilége Dans le droit romain, les locateurs de biens de campagne et les locateurs de maisons avaient une hypothèque tacite pour le payement des loyers et fermages et des autres obligations résultant du bail : seulement, l'hypothèque tacite du locateur de maisons frappait sur les meubles que le locataire avait fait porter ou conduire dans la maison, tandis que celle du locateur de biens ruraux n'atteignait que les fruits nés durant le bail, les meubles occupant la métairie en demeurant affranchis (2). — Notre ancien droit français s'inspira des lois romaines en ce point; quelques coutumes, notamment celle de Paris (art. 171) et celle d'Orléans (art. 415 et 416), allèrent même plus loin, car elles donnèrent pour gage, au locateur de biens ruraux, non-seulement les fruits nés sur les terres desdits biens, mais encore les meubles que le fermier avait apportés dans la métairie. Mais les coutumes avaient transformé en un privilége spécial sur certains meubles ce qui, d'après les lois romaines, était une hypothèque tacite. De là une différence notable dans l'exercice du droit : tandis que l'hypothèque, à Rome, était pourvue d'un droit absolu de suite, d'un droit qui s'attachait à la chose grevée et la suivait en quelques mains qu'elle passât, le privilége, dans le droit coutumier, était subordonné à la possession par le débiteur de la chose grevée, et s'évanouissait avec cette possession, à moins que le créancier n'eût usé du droit de saisir la chose, entre les mains du tiers possesseur, dans le très-court délai qui lui était accordé pour cela (3). — Nous allons retrouver, dans le privilége tel qu'il est établi aujourd'hui par le Code Napoléon, tous ces éléments, avec d'autres encore qui les complètent, et, pour cela, nous parlerons successivement des personnes auxquelles le privilége est accordé, des choses qu'il grève, de l'étendue du droit de *préférence* qu'il comporte et du droit de *suite* par lequel il est complété.

III. — 116. Toute location d'*immeubles* donne lieu au privilége en faveur du locateur pour le payement de ses loyers et fermages : c'est la

(1) *Voy.* Domat (*Lois civiles*, liv. 3, tit. 1, sect. 5, n° 12).
(2) ff. l. 4 et 7, *in quib. caus. pign.*
(3) *Voy.* Pothier (*Du louage*, n°s 227 et suiv.).

règle. Il en faut conclure que le locateur de choses mobilières n'aurait pas droit au privilége ; et cela est établi (mais d'une manière virtuelle seulement, car on ne comprendrait pas que la chose même ait pu être mise en question devant les tribunaux) par un arrêt duquel il résulte que le locataire d'une usine qui a cédé son bail à un tiers auquel il a loué en même temps des machines garnissant l'usine, et qui sont sa propriété, ne peut réclamer pour le payement du loyer de ces machines le privilége accordé au locateur d'un immeuble, les machines ne pouvant, en ce cas, être considérées comme immeubles par destination à l'égard de leur propriétaire (1).

117. Mais dès que la location a des immeubles pour objet, il importe peu qu'elle émane du propriétaire de l'immeuble ou de toute autre personne ayant la disposition de la chose, pour que le privilége prenne naissance. Ce n'est pas, en effet, à la personne du propriétaire et à sa qualité de propriétaire que le privilége est attaché ; c'est au fait de la location ; il dérive du gage et passe dès lors à quiconque a droit aux loyers (2). Ainsi, non-seulement le propriétaire, quand la location émane de lui, mais encore l'usufruitier ou le possesseur qui loue l'immeuble dont il a l'usufruit ou la possession, a droit au privilége. Il y a droit d'une manière absolue et sans distinction entre le cas où la location a été faite par lui-même et celui où il trouve la location toute faite au moment où il prend l'usufruit ou la possession. Par exemple, le propriétaire d'un domaine a des baux particuliers avec divers fermiers, puis il donne à bail la totalité du domaine à un autre fermier, en subrogeant celui-ci à ses droits contre les fermiers partiaires pour les fruits à échoir : le propriétaire perd à l'instant le privilége qu'il avait originairement sur ces fruits, lesquels demeurent désormais affectés, par privilége, au preneur de la totalité du domaine (3). — Ce que nous disons de l'usufruitier ou du possesseur, il faut le dire aussi du locataire qui aurait eu la faculté de sous-louer, aux termes de son bail, et qui en aurait usé : la sous-location qu'il aurait faite de la maison ou de la ferme qu'il tenait à loyer lui donnerait droit au privilége sur les fruits de la ferme et sur les meubles du sous-fermier ou sous-locataire. — On allait plus loin sous l'ancienne jurisprudence : on admettait que le tiers qui avait payé le locateur de ce qui lui était dû par le locataire succédait au privilége pour la répétition de tout ce qu'il avait payé à la décharge du locataire, et exerçait à cet égard tous les droits du locateur (4). Mais, nous référant ici à ce que nous avons dit à l'occasion du privilége des frais funéraires (*suprà*, n° 74), nous n'admettrions la solution qu'autant que le tiers qui aurait payé la dette du locataire serait dans le cas d'exciper de la subrogation légale ou conventionnelle.

---

(1) Grenoble, 20 févr. 1843 (Dev., 44, 2, 11).

(2) *Voy.* Nîmes, 31 juin 1820 ; Orléans, 24 nov. 1838 ; Paris, 12 janv. 1848 (Dev., 39, 2, 427 ; 48, 2, 120).

(3) Req., 14 fév. 1827.

(4) Pothier (*Du Louage*, n° 232, et *Introd. à la cout. d'Orléans*, tit. 19 *des Exécutions*, n° 32).

IV. — 118. Le privilége du locateur porte, d'après notre article, sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme, et, de plus, dans les baux de biens ruraux, sur les fruits de la récolte de l'année et sur tout ce qui sert à l'exploitation. Il faut s'occuper distinctement de ce qui garnit la maison ou la ferme, et des fruits de la récolte; car, en pratique comme en doctrine, il s'est produit des difficultés particulières à l'un et à l'autre point.

119. En ce qui concerne les meubles, on peut dire d'une manière générale que ceux qui garnissent la maison ou la ferme sont grevés du privilége du locateur. Cela est évident relativement aux meubles appartenant au locataire ou au fermier; mais cela doit être admis aussi par rapport aux meubles qui, quoique dans la maison ou dans la ferme louée, appartiennent à des tiers, soit que le locataire les détienne à titre de gage, de dépôt, de location ou de prêt, soit même qu'ils appartiennent à des sous-locataires auxquels le locataire ou le fermier principal aurait sous-loué, et qu'ils garnissent les lieux faisant l'objet de la sous-location. Par exemple, je suis locataire d'une maison, et j'ai pris chez mon tapissier un mobilier qu'il me loue et dont je me sers pour garnir cette maison; ce mobilier, qui ne m'appartient pas, sera cependant la garantie de mon locateur; car, d'une part, ce locateur, qui voit ces meubles dans sa maison, doit croire qu'ils m'appartiennent; et, d'une autre part, le tapissier a suivi ma foi, et comme il sait ou doit savoir que tout ce qui garnit une maison louée répond par privilége des obligations du bail, il n'a pu souffrir que le mobilier que j'ai pris chez lui vînt garnir la maison par moi louée, sans consentir tacitement par cela même à ce que ce mobilier fût grevé du privilége. — Cependant il faut dire que les meubles qui appartiennent à des tiers ou à des sous-locataires ne sont pas obligés envers le locateur avec la même étendue que ceux qui appartiendraient au locataire lui-même. Celui-ci, comme nous le verrons tout à l'heure, est tenu, sur son mobilier, de toutes les suites du bail ou du louage. Or il n'en sera pas nécessairement de même à l'égard des tiers qui ont fait au locataire le prêt, le dépôt ou la location d'un mobilier, ni même à l'égard des sous-locataires. Ainsi, reprenons notre hypothèse, et supposons que le tapissier revendique au cours du bail le mobilier que j'avais pris chez lui, et dont j'avais garni la maison par moi louée. Dans ce cas, il est très-certain que ce mobilier sera grevé du privilége du locateur pour tous les loyers échus et même pour un terme à échoir, et cela, quelle que soit l'époque où ce mobilier est entré dans la maison, soit que je l'aie apporté avec moi quand j'ai pris possession des lieux comme locataire, soit que je ne l'aie fait venir que quand ma location était déjà en cours d'exécution. Mais ce serait aller au delà de la juste mesure que d'exiger de ce tapissier qu'il répondît, sur les meubles qu'il m'a loués, de tous les loyers à échoir jusqu'à la fin du bail. Évidemment, en payant ou en offrant de payer tous les loyers échus et un terme à échoir, le propriétaire des meubles donnerait au locateur une satisfaction suffisante; et la revendication ne nous semblerait pas pouvoir être rejetée,

sauf au locateur à user du droit qu'il a d'expulser le locataire qui ne garnit pas la maison de meubles suffisants, à moins que ce locataire ne donne des sûretés capables de répondre du loyer (1). — Quant aux sous-locataires, leur obligation vis-à-vis du locateur est nécessairement limitée (sans préjudice du droit qu'ils ont d'opposer, sinon les payements faits par anticipation, au moins les payements faits de bonne foi), dans la mesure de leur propre obligation vis-à-vis du locateur principal qui leur a fait la sous-location : en d'autres termes, les meubles du sous-locataire ne sont grevés, même vis-à-vis du propriétaire-locateur, que jusqu'à concurrence du prix de la sous-location, en sorte que le sous-locataire qui n'aurait loué que pour 300 francs, par exemple, ne pourrait être poursuivi que jusqu'à concurrence de cette somme par le propriétaire locateur, quelle que fût l'importance de la créance pour loyers que celui-ci aurait contre le locataire principal (2). D'où la question de savoir si le privilége du propriétaire-locateur subsisterait vis-à-vis du sous-locataire dans le cas même où ceux-ci seraient logés gratuitement par le locataire principal. C'est un point dont se préoccupaient assez gravement les anciens auteurs : Barthole, Domat et Basnage affranchissaient le sous-locataire; Pothier (3) était d'avis, au contraire, que le locateur pouvait se venger sur les meubles du sous-locataire à proportion de la partie qu'ils occupaient dans la maison, parce que, disait-il, ce locateur serait trompé si, lorsqu'il comptait sur les meubles dont il voyait sa maison garnie, cette maison se trouvait occupée, en tout ou en partie, par des particuliers qui diraient que le principal locataire leur avait accordé une habitation gratuite. Nous nous rattachons à ce dernier avis, dans tous les cas du moins où l'habitation gratuite aurait une importance réelle, soit quant à la durée, soit quant à l'étendue des lieux occupés.

120. D'ailleurs la règle générale que nous venons d'indiquer, à savoir que le privilége porte sur les meubles garnissant la maison ou la ferme, soit qu'ils appartiennent au locataire, soit qu'ils appartiennent à des tiers ou à des sous-locataires, cette règle a ses conditions; elle a aussi ses exceptions.

121. La condition est indiquée par la loi d'une manière très-nette : il n'y a d'affectés au privilége que les meubles qui *garnissent* la ferme ou la maison louée. C'est donc par un abus véritable, par une extension exorbitante, que, dans une espèce où le privilége du bailleur était réclamé, les premiers juges avaient cru pouvoir dire que ce privilége s'exercerait *sur l'actif en général* du preneur tombé en faillite. La Cour de Bordeaux, devant laquelle l'affaire fut portée sur l'appel des syndics, n'hésita pas à réformer cette étrange sentence, et à reconnaître que, s'agissant d'un privilége portant sur certains meubles, il y aurait abus et excès dans toute application qui étendrait le privilége à des meubles

(1) *Voy.* M. Mourlon (n° 88). — *Voy.* cependant Paris, 26 mai 1814.

(2) C. Nap., 1753; C. proc., 820. — *Voy.* Rej., 2 avril 1806; Amiens, 10 avril 1839; Toulouse, 5 fév. 1845 (*J. P.*, 1845, t. I, p. 624).

(3) *Du Louage*, n° 236.

autres que ceux qui sont spécialement déterminés (1). Mais quels sont ces meubles? Quelles sont les choses qui peuvent être réputées *garnir* la maison ou la ferme louée, et qui par conséquent doivent, à ce titre, être considérées comme soumises au privilége du locateur? Il y a, sur ce point, bien des théories, bien des distinctions, dont le tort grave, à nos yeux, a été de répandre de l'obscurité dans une matière très-nette en elle-même. En définitive, ce qu'il faut, c'est que la confiance du locateur ne soit pas trompée; il a compté, pour le payement de ses loyers ou de ses fermages, sur les choses qu'il a vu placer dans sa maison ou dans sa ferme; ces choses constituent entre ses mains une sorte de gage qui lui répond de ses créances, et en considération duquel il a pu se déterminer à louer d'abord, et ensuite à ne se montrer pas trop pressant à exiger le payement des loyers. On devra donc ne retrancher de ce gage que ce que la raison des choses indiquera comme n'ayant pas pu y être compris même dans la pensée du locateur. D'après cela, ce qui est dans la maison ou dans la ferme, non pour y rester, mais comme en passant, ne sera pas soumis au privilége du locateur, en tant que celui-ci aura pu et dû avoir par lui-même la conscience que la chose n'est venue qu'accidentellement dans la maison ou dans la ferme louée, qu'elle y a été apportée momentanément, et n'était pas destinée à y rester. Ainsi le privilége ne s'étendra pas aux objets manufacturés ou à manufacturer que des tiers ont pu confier au locataire ou au fermier et déposer dans la fabrique qu'il exploite, non pas, comme l'a dit la Cour de cassation en le décidant ainsi (2), parce que ces objets n'appartiennent pas au locataire (car nous savons que même quand ils appartiennent à des tiers les meubles garnissant la maison ou la ferme sont grevés du privilége du locateur, et c'est par une erreur évidente que la Cour de cassation donne ici dans les motifs de son arrêt des indications contraires), mais parce que la raison même des choses dit au locateur que ces objets sont aux mains de son locataire transitoirement et avec une destination spéciale tout autre que celle de garnir les lieux, ce qui ne lui permet pas de regarder ces objets comme obligés à sa créance. Il en sera de même des meubles destinés à une autre maison, et qui auraient été transportés momentanément dans la maison louée; des effets du voyageur qui loge dans une auberge; du linge confié à une blanchisseuse; des étoffes remises à un tailleur, etc. C'est là un point certain, unanimement admis par la doctrine et emprunté par elle à la loi romaine. *Videndum est, ne non omnia illata, vel inducta : sed ea sola, quæ, ut ubi sint, illata fuerint, pignori sint? Quod magis est.* (L. 7, § 1, ff. *in quib. caus. pign. vel hyp. tacit. contr.*) — Au contraire, nous considérons comme garnissant la maison ou la ferme louée tout ce qui y reste d'une manière permanente et habituelle, soit à raison de la destination même des lieux, soit pour l'exploitation : tels sont, par exemple, les meubles destinés

(1) Bordeaux, 7 août 1833.

(2) *Voy.* Req., 22 juill. 1823. — *Voy.*, dans le même sens, Paris, 8 mars 1841, 14 mars 1842, et 18 déc. 1848 (Dalloz, 49, 2, 34).

à l'usage et à l'ornement des appartements; telles sont encore les choses placées dans les magasins (1), caves, galeries, destinés pour les recevoir, soit que ces choses servent pour la consommation, soit qu'elles n'y servent pas. En général, nous le savons, la doctrine est moins favorable au privilége du propriétaire. Pour les uns, il n'y a de meubles garnissant la maison ou la ferme que ceux qui sont en évidence, et ceux-là affranchissent du privilége non-seulement l'argent comptant et les titres de créance, mais les pierreries, les bijoux, et en général les choses diverses qu'on est dans l'habitude de tenir sous clef, comme le linge, la vaisselle d'argent. D'autres, tout en acceptant ce point de départ, que les choses doivent être apparentes et en évidence pour que le locateur y puisse exercer son droit, restreignent cette règle prétendue dans son application et pensent que certains objets, quoique tenus sous clef ordinairement, comme le linge de table et la vaisselle, n'en sont pas moins grevés du privilége. D'autres enfin, restreignant la règle dans un autre sens, estiment que si elle ne peut pas être opposée au locateur du chef des objets dont le locataire est personnellement propriétaire, elle peut lui être opposée du chef des meubles dont la propriété appartient à des tiers (2). — De tout cela nous n'admettrons, quant à nous, que la réserve relative à l'argent comptant et aux titres de créance ou d'obligation; car on peut dire, avec Pothier (3), de l'argent comptant, qu'il est destiné, non point à demeurer dans la maison, mais à être dépensé au dehors; et des titres de créance, qu'étant des choses incorporelles, *quæ in solo jure consistunt*, elles ne résident, en réalité, dans aucun lieu, *nullo circumscribuntur loco;* d'où l'on conclura inévitablement qu'il y aurait aberration à considérer, soit l'argent comptant, soit les titres de créance, comme objets garnissant les lieux loués. Mais, pour le surplus, toute distinction est arbitraire : qu'ils appartiennent au locataire lui-même, ou aux sous-locataires, ou à des tiers, les objets qui sont dans la maison pour y demeurer sont grevés du privilége du locateur, soit que le locataire les tienne enfermés, comme les bijoux, les pierreries, le linge et autres objets semblables, soit que le locataire les laisse en évidence, comme les ustensiles aratoires, les pailles, les foins, les bestiaux dans la ferme, comme les gros et petits meubles dans les appartements, comme les vins dans les caves, comme les marchandises dans les magasins. Où est donc la raison de distinguer? Tous ces objets ne sont-ils pas indistinctement dans la maison ou dans la ferme pour y demeurer? Les premiers y sont-ils plus que les autres transitoirement, par accident et pour être transportés ailleurs? Non évidemment. Cela suffit pour que le privilége les atteigne, pour qu'ils ne doivent pas être soustraits à l'action du loca-

(1) *Voy.* Paris, 5 mai 1828. — *Voy.* toutefois Rej., 21 mars 1826, et Amiens, 10 avril 1839.

(2) Cette dernière restriction est faite par Pothier (*Du Louage*, nº 145). Les autres sont admises par MM. Dalloz (*loc. cit.*, nº 8), Delvincourt (t. III, p. 372), Grenier (t. II, nº 310), Duranton (t. XIX, nºs 70 et 88), Zachariæ (t. II, p. 106), Troplong (nº 151), Valette (nº 55).

(3) *Voy.* Pothier (*loc. cit.*, nºs 250 et 251).

teur, qui, dans sa pensée, a dû les prendre en considération lorsqu'il a consenti, soit à traiter avec le locataire, soit à laisser s'accroître sa créance pour loyers.

122. Quant aux exceptions, elles intéressent particulièrement les tiers propriétaires d'objets garnissant les lieux loués au preneur. Le privilége que le locateur acquiert même sur ces objets, contrairement au principe d'après lequel on n'acquiert de droits, en général, que sur les biens de la personne qui s'oblige, dérive, nous l'avons dit, d'une part de la croyance dans laquelle le locateur a dû être que tous les meubles apportés dans sa maison ou dans sa ferme appartenaient à son locataire, et d'une autre part de l'assentiment tacite du propriétaire réel de tout ou partie de ce mobilier, lequel propriétaire, sachant bien que tout ce qui garnit les lieux loués est le gage, la chose privilégiée du locateur, n'a pu consentir à l'introduction de ce mobilier dans ces lieux, sans consentir virtuellement par cela même à ce que le privilége du locateur s'y étende et le grève. Mais pourtant il se peut faire que la réalité des faits soit contraire à ces suppositions et ne permette pas de les admettre. Le privilége du locateur tiendra-t-il encore dans ce cas? Non évidemment, puisqu'il n'aura pas sa raison d'être.

Par exemple, j'avais des objets mobiliers que j'ai perdus ou qui m'ont été volés. Le voleur ou l'inventeur de ces objets, ou encore celui qui les tient du voleur ou de l'inventeur, les transporte dans l'appartement dont il est locataire et en garnit cet appartement. En quoi cela pourrait-il m'être opposé? Sans doute le locateur a pu croire de très-bonne foi que ces objets étaient la propriété de son locataire. Mais cela ne suffit pas; il faudrait de plus, pour que le privilége pût s'établir, mon consentement à l'établissement de ce privilége, ce consentement au moins tacite qui résulte de l'introduction de la chose dans les lieux loués avec l'assentiment du propriétaire de cette chose. Or ce consentement n'existe pas, puisque c'est à mon insu que l'introduction a eu lieu. Si donc je revendique ces objets que j'ai perdus ou qui m'ont été volés, si je les revendique dans les trois ans à dater de la perte ou du vol (Code Napoléon, art. 2279), le privilége du locateur s'effacera nécessairement devant mon droit certain et légitime (1).

Par exemple encore, Pierre prend en location une maison appartenant à Paul, et il y transporte, quand il en prend possession, une partie du mobilier que je lui avais remis en dépôt. Si j'avais gardé le silence, ou si rien n'avait révélé à Paul l'état réel des choses, Paul aurait acquis, sur le mobilier par moi déposé, aussi bien que sur le surplus des meubles de Pierre, le privilége de locateur. Mais j'ai eu le soin de tenir Paul au courant, ou bien une circonstance quelconque lui a fait savoir, sans aucun doute, que tels et tels objets, parmi ceux apportés par Pierre, sont ma propriété et non la sienne : le privilége de locateur s'étendra-t-il, dans ce cas, à ces objets? Non, car ici tout manque à la fois à

(1) *Voy.* Pothier (*Du Louage*, n° 243). — *Sic* Delvincourt (t. III, p. 272), et MM. Persil art. 2102, n° 4), Dalloz (*loc. cit.*, n° 12), Duranton (t. XIX, n° 81), Zachariæ (t. II, p. 107), Valette (n° 56), Mourlon (n° 86).



Paul : non-seulement il n'a pas de moi le consentement, au moins présumé, qui serait nécessaire pour l'établissement du privilége, mais encore il ne peut exciper de cette erreur, de cette fausse croyance qui aurait pu concourir à fonder son droit, si la situation ne lui eût pas été révélée. C'est en ce sens que l'art. 1813 du Code Napoléon, qui affecte au payement des fermages même le cheptel confié par un tiers au fermier, le déclare cependant affranchi dans le cas où il a été notifié au propriétaire de qui le fermier tient. C'est ainsi encore que notre article lui-même, qui classe le privilége du locateur avant celui du vendeur d'effets mobiliers non payés, fait une réserve cependant et consacre l'ordre inverse pour le cas où il est prouvé que le locateur avait connaissance que les meubles et autres objets garnissant la maison ou la ferme n'appartenaient pas au locataire. (*Voy*. le n° 4 de l'article.)

Du reste, la difficulté ici n'est pas d'accepter et de reconnaître l'exception : cette exception, en effet, est unanimement admise, et elle ne pouvait pas ne pas l'être. Mais il est permis de se demander à quelles conditions elle existe, et en particulier si c'est par une notification que le locateur doit être informé de l'état réel des choses, ou s'il suffit qu'il en ait eu connaissance par une voie quelconque, pour que son privilége se restreigne aux seuls meubles qui appartiennent au locataire, son débiteur. Il ne saurait y avoir, à cet égard, de théorie absolue : tout est dans les circonstances. Ainsi la connaissance quelconque que le locateur a eue fait-elle supposer qu'il a renoncé au gage et ne comporte-t-elle aucune autre supposition; il est clair qu'on ne saurait opposer raisonnablement au propriétaire des meubles l'omission d'un acte par lequel il aurait dénoncé sa propriété au locateur. On a jugé, en ce sens, que l'absence de cette notification préalable ne fait pas que le privilége du locateur doive comprendre les meubles que, suivant l'usage notoire des pensionnats, les élèves apportent chez leur maître de pension (1); on a jugé également que le locateur d'une salle de spectacle n'a pas privilége, pour les loyers, sur le matériel appartenant à un tiers, lorsque la notoriété publique l'avait instruit que le matériel n'appartenait pas au locataire (2). Encore moins la notification sera-t-elle nécessaire à l'égard d'objets dont l'introduction dans les lieux loués s'expliquerait par la profession même du locataire, par exemple pour les marchandises qu'un consignateur aurait déposées dans les magasins d'un commissionnaire (3). Mais hors de ces situations ou de situations analogues, la notification préalable devient une nécessité; seule, elle met celui dont les meubles ont été introduits chez le locataire à l'abri du privilége, en ce que seule elle permet de prouver d'une manière précise que le locateur a connu l'état réel des choses, et que la connaissance qu'il en a eue est exclusive de toute supposition autre que celle de la renonciation

(1) Poitiers, 30 juin 1825.

(2) Req., 31 déc. 1833 (Dev., 34, 1, 852; Dall., 34, 1, 355). — *Voy*. encore, dans le sens de ces solutions, Paris, 2 mars 1829; Req., 7 mars 1843; Paris, 18 déc. 1848, et Lyon, 13 mars 1848 (Dev., 43, 1, 285; *J. P.*, 1849, t. I, p. 22; Dalloz, 49, 2, 170).

(3) Req., 21 mars 1826. — *Voy*. cependant Paris, 5 mai 1828.

au privilége. Nombre de décisions consacrent cette nécessité (1); mais elle ressort, plus nettement que de toutes autres, d'un arrêt d'après lequel le privilége subsiste malgré la connaissance que le bailleur a eue de la vente des objets garnissant les lieux loués, vente faite sans déplacement à un tiers qui aurait ensuite loué l'usage de ces objets à un nouveau locataire des mêmes lieux (2). Dans cette situation, la connaissance que le locateur avait eue de la vente pouvait bien faire supposer qu'il avait entendu louer à un nouveau locataire n'ayant pas de meubles à lui; ce qui aurait impliqué renonciation au privilége; mais elle pouvait donner à penser aussi que l'acquéreur de meubles auquel ces meubles étaient transmis sans déplacement consentait à les laisser grevés du privilége du locateur; et l'on comprend à merveille qu'à défaut d'un acte précis susceptible de faire prévaloir la première supposition, la seconde ait paru dominante.

123. Passons maintenant au cas de bail rural, et voyons quelles choses, indépendamment de tout ce qui garnit les lieux loués, sont grevées du privilége du bailleur. Notre article nous dit que ces choses sont les fruits de la récolte de l'année et le prix de tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme; mais il nous dit aussi, dans une autre de ses dispositions, que le privilége du bailleur est primé sur ces choses par les sommes dues pour semences, pour frais de la récolte et pour ustensiles; en sorte qu'en réalité c'est seulement vis-à-vis de tout autre que celui qui a fait l'avance des frais de semences, des frais de récolte et du prix des ustensiles que le propriétaire de la ferme est privilégié, pour ses fermages, sur les fruits de la récolte de l'année et sur le prix de tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme.

Quoi qu'il en soit, le privilége s'étend à tous les fruits de quelque nature qu'ils soient, aux blés et autres grains de toute sorte, aux foins, aux bois, aux vins, etc., soit que ces fruits appartiennent au fermier lui-même, soit qu'ils appartiennent à des sous-fermiers auxquels le fermier principal aurait sous-loué : seulement, si le privilége est exercé à l'encontre du sous-fermier, il devra se restreindre dans la mesure de ce que ceux-ci doivent au fermier principal. On appliquera ici les observations présentées plus haut (*voy.* nº 119), à propos des meubles des sous-locataires en tant que soumis au privilége du locateur.

Le privilége, dans les termes de la loi, embrasse les fruits de la récolte de l'année, ce qui s'entend aussi bien des fruits pendants par racines, auquel cas le bailleur non payé de son fermage procède par la voie de la saisie brandon, dans les formes déterminées par les art. 626 et suiv. du Code de procédure civile, que des fruits récoltés. Mais, à l'égard de ceux-ci, il faut noter que si la loi parle seulement de la récolte de l'année, il ne s'ensuit pas nécessairement que les fruits des années précédentes soient soustraits au privilége du bailleur. Les fruits perçus, à quelque époque qu'en remonte la perception, dès qu'ils sont

(1) Paris, 26 mai 1814; Rej., 9 août 1815; Grenoble, 4 août 1832; Douai, 19 fév. 1848 (Dall., 49, 2, 84; Dev., 48, 2, 743).

(2) Bordeaux, 16 mars 1849 (Dev., 49, 2, 328; Dall., 49, 2, 170).

engrangés dans la ferme ou dans les bâtiments en dépendant, sont soumis au privilége du bailleur en vertu de la disposition, commune aux baux ruraux et aux baux de ville, qui étend ce privilége *à tout ce qui garnit* les lieux loués (1).

Ceci, néanmoins, indique qu'il y a une différence notable, sous le rapport qui nous occupe ici, entre les fruits de l'année et ceux des années précédentes. Le privilége du locateur ne subsiste sur ces derniers qu'autant que les fruits se trouvent dans la ferme ou dans les bâtiments en dépendant; et, sauf ce que nous dirons tout à l'heure du droit de revendication (*voy.* n° 132), l'action du locateur sur les fruits s'éteint dès que ces fruits ont cessé de garnir les lieux affermés (2). Il en est tout autrement lorsqu'il s'agit des fruits de l'année. A la différence du privilége qui atteint les objets garnissant les lieux loués, lequel procède entièrement de l'idée de gage, le privilége qui affecte les fruits de l'année procède plus particulièrement de l'idée de propriété : ces fruits, produits par la chose du propriétaire, étaient à lui, et il ne les a transmis au preneur que sous la condition du payement des fermages, qui sont la représentation des fruits; il retient donc la propriété si la condition manque; et par cela même on comprend que cette propriété subsiste, et avec elle le droit de préférence qu'elle implique, non-seulement quand la récolte est sur les lieux, mais encore quand elle est placée hors des bâtiments de l'exploitation. La seule difficulté, dans ce dernier cas, consistera à établir l'identité des fruits, et cette difficulté pourra être sérieuse, nonobstant les prévisions du législateur qui impose au preneur l'obligation d'engranger dans les lieux à ce destinés d'après le bail. (Code Napoléon, art. 1767.) Mais la difficulté surmontée, le privilége du locateur reste intact en quelque lieu que se trouve la récolte de l'année, sauf néanmoins le cas où ce privilége devrait céder le pas à celui du tiers dans les bâtiments duquel la récolte aurait été engrangée. Celui-ci, en effet, a aussi, pour le loyer de sa grange, un privilége qui affecte la récolte qu'il a conservée en la renfermant, et s'il n'est pas prouvé qu'il avait connaissance, au moment où il a reçu la récolte dans sa grange, du privilége qui la grevait du chef du propriétaire de la ferme, il devra être préféré.

V. — 124. Le privilége du bailleur a pour objet d'assurer l'exécution du bail; il faut donc que ce privilége garantisse toute la créance résultant du contrat de louage : aussi notre article nous dit-il que le privilége a lieu : 1° pour les loyers et fermages (dans une mesure qui varie suivant que le bail est authentique ou sous seing privé et suivant qu'il a ou non date certaine antérieure à la faillite ou à tout autre événement donnant lieu à la distribution des deniers); 2° pour les réparations locatives; et 3° pour tout ce qui concerne l'exécution d'un bail. Mais comme l'exercice de ce privilége va procurer au créancier, dans une certaine mesure, des loyers ou des fermages non encore échus, ce qui est exorbitant du

(1) Delvincourt (t. III, p. 271), Grenier (t. II, n° 310), MM. Persil (art. 2102, § 1, n° 10), Dalloz (*loc. cit.*, n° 7), Troplong (n° 159), Valette (n° 94).

(2) *Voy.* Lyon, 24 fév. 1836; Req., 19 déc. 1843.

droit commun (puisque la dette des loyers ou fermages, conditionnelle de sa nature, est subordonnée à la condition de jouissance), la loi ne veut pas que le locateur qui est ainsi payé par anticipation ait de plus la jouissance de l'immeuble : elle crée en conséquence un droit de relocation qui, sous certaines conditions, profitera aux autres créanciers du locataire. Tels sont, en ce qui concerne l'étendue de la créance privilégiée, les éléments constitutifs de la loi : nous allons les reprendre successivement, en vue des difficultés spéciales qui se rattachent à chacun d'eux.

125. Le privilége garantit l'exécution du bail : donc il existe pour les réparations locatives, pour les détériorations survenues par la faute du preneur, pour les fournitures faites par le bailleur en vertu d'une clause du bail, et en général pour toutes les avances faites en vue de l'exploitation (1). Ceci est généralement admis, si ce n'est l'extension du privilége à la créance pour avances, qui n'est pas rejetée toutefois d'une manière absolue, mais qui n'est admise, par quelques auteurs du moins, qu'autant que les avances sont faites par le bail même et constatées dans l'acte de bail (2). Ces auteurs s'autorisent de l'opinion de Pothier, mais bien à tort, car Pothier dit positivement, quant aux avances faites par le bail, que l'obligation de les rendre faisant partie des obligations du bail même, l'extension du privilége à leur égard ne peut même pas être mise en question; et quant aux avances faites depuis le bail, que si la solution présente plus de difficulté en ce que la créance ici naît d'un contrat de prêt séparé et distingué du bail, néanmoins il faut étendre à cette créance les droits du bailleur, surtout lorsque les avances ont été faites en grains ou autres espèces, et qu'on ne peut douter qu'elles ont été faites pour faire valoir la métairie (3). On ne saurait méconnaître que cette solution ne soit parfaitement équitable, et c'est à bon droit que la jurisprudence s'y est conformée (4).

126. Arrivons à l'obligation principale dont le privilége a pour objet d'assurer l'exécution : nous voulons parler de l'obligation relative aux loyers ou fermages. Ici deux situations peuvent se présenter : ou le locateur procède seul sur la saisie qu'il a pratiquée contre les meubles de son locataire, ou il se trouve en conflit avec les autres créanciers de ce locataire. Dans le premier cas, il ne saurait être question de privilége, car l'idée de privilége implique avec elle le concours de divers créanciers venant exercer leurs droits, chacun à son rang, sur les valeurs à distri-

---

(1) *Voy.* Rennes, 3 janv. 1821; Nîmes, 7 vent. an 12; Bordeaux, 7 août 1833; Angers, 27 août 1821; Req., 3 janv. 1837 et 24 août 1842; Paris, 25 avril 1846 (*J. P.*, 1846, t. II, p. 170); Limoges, 26 août 1848 (Dev., 49, 2, 34); Douai, 18 avril 1850 (Dalloz, 51, 2, 60).

(2) *Voy.* Grenier (t. II, n° 309) et MM. Persil (*loc. cit.*, n° 27), Dalloz (*loc. cit.*, n° 13).

(3) *Voy.* Pothier (*Du Louage*, n° 254). — *Sic* MM. Duranton (qui d'abord avait émis l'opinion contraire, qu'il a rétractée, t. XIX, n° 97), Troplong (t. I, n° 154), Zachariæ (t. II, p. 108), Valette (n° 60). — *Voy.* cependant M. Bugnet sur Pothier (*loc. cit.*, à la note).

(4) *Voy.* les arrêts cités d'Angers, de Limoges et de la Cour de cassation.

buer. Le droit commun conservera donc son empire; le locateur qui poursuit est tout simplement un créancier ordinaire, il sera traité comme créancier ordinaire; et puisqu'il lui est dû seulement les loyers échus, puisque la créance pour les loyers à échoir est éventuelle et incertaine, subordonnée qu'elle est à une condition de jouissance qui peut-être ne pourra pas se réaliser, la saisie pratiquée ne tiendra que jusqu'à concurrence des loyers échus (1). Ce n'est pas pour ce cas que notre article a disposé.

C'est le second cas qu'il suppose, celui où le locateur vient en concours avec les autres créanciers du locataire, soit que celui-ci soit tombé en faillite, soit que ses créanciers aient saisi les choses qui garnissaient les lieux loués; et, dans ce cas, il organise un système complexe qui, réglé sur les principes relatifs à la preuve des obligations vis-à-vis des tiers, repose tout entier sur une présomption de bonne ou de mauvaise foi. Ainsi, le bail est-il authentique, il n'y a pas à redouter que le locataire s'entende avec le locateur pour exagérer les choses, grossir la créance de ce dernier, et par là étendre, au préjudice des autres créanciers, un privilége déjà fort étendu par lui-même : tout est constaté par les énonciations du bail, la bonne foi est présumée, et le privilége obtient sa plus large extension, c'est-à-dire qu'il s'étend à tous les loyers ou fermages sans réserve, à ceux qui sont échus et restent encore dus, en tant qu'ils ne sont pas atteints par la prescription quinquennale (art. 2277), comme à ceux qui sont à échoir jusqu'à la fin du bail. L'entier prix de la location se trouve ainsi assuré par le privilége, et par le prix nous entendons, non-seulement le canon stipulé au contrat, mais encore les créances, même non encore exigibles, comme les améliorations qui sont à la charge du locataire (2), où même les bons souscrits séparément et représentant un supplément de loyers (3). Ceci constitue un droit assurément exhorbitant, et c'est une raison notable pour que, dans l'application, on n'aille pas au delà des prévisions du législateur, pour que le bénéfice d'une disposition si gravement exceptionnelle ne soit pas étendu à des cas autres que ceux qu'elle a dû avoir précisément en vue. Sous ce rapport, nous pensons, contrairement à l'opinion de quelques auteurs (4), que le bailleur, par acte sous seing privé avec date certaine avant la faillite du locataire ou la saisie de ses meubles, n'a pas le même droit que le bailleur par bail authentique. Il est bien vrai qu'au premier aperçu on pourrait croire que les deux situations sont placées sur la même ligne par notre article; mais, en y regardant de près, on comprend qu'il y a entre les deux une différence nécessaire par rapport aux loyers ou fermages échus. N'oublions pas,

(1) *Voy.* Grenier (t. II, n° 309), Tarrible (*Rép.*, v° Privilége, sect. 3, § 2, n° 5) et MM. Persil (*loc. cit.*, n° 16), Dalloz (*loc. cit.*, n° 15), Zachariæ (t. II, p. 109, note 11), Valette (n° 61).

(2) *Sic* M. Valette (n° 62).

(3) Paris, 23 fév. 1830; Req., 22 avril 1851 (Dev., 52, 1, 646; Dall., 51, 1, 237).

(4) *Voy.* MM. Valette (n° 62), Henri Demante (*Rev. étrangère et française*, t. IX, p. 719), Mourlon (n° 102).

en effet, que la théorie de la loi est basée sur les principes relatifs à la preuve des obligations à l'égard des tiers. Or, pour mettre la théorie d'accord avec ces principes, il faudra exclure du privilége tous les fermages échus antérieurement au jour où le bail sous seing privé a acquis une date certaine, puisque c'est seulement du jour où les actes sous seing privé prennent date certaine qu'ils peuvent être opposés aux tiers, d'après les principes généraux (art. 1328) (1).

Du reste, dans cette première hypothèse, puisque c'est par une simple présomption de bonne foi que le privilége du locateur se maintient avec tous les effets qui lui sont assignés, il s'ensuit que les autres créanciers du locataire doivent être admis à combattre cette présomption, et à prouver que le bail, soit authentique, soit sous seing privé avec date certaine, est le résultat d'une fraude conçue dans la prévision de la faillite ou de la saisie qui est venue donner lieu bientôt à la distribution des deniers. Si une telle preuve était faite, le bail tomberait, et avec lui un privilége qui désormais serait sans cause.

127. Maintenant le bail est-il sous seing privé sans date certaine, ou même est-il purement verbal (2), la loi ne refuse pas le privilége : seulement elle restreint notablement la créance privilégiée. Notre article nous dit que, dans ce cas, les loyers ou fermages sont privilégiés « pour une année à partir de l'expiration de l'année courante. » En ceci notre article rejette le système de la coutume d'Orléans, qui, tout en restreignant, ainsi que l'atteste Pothier (3), à trois termes échus et à deux termes à échoir, *le droit d'exécuter* qui était attribué aux maîtres d'hôtel ainsi que le droit de suite, accordait *le droit de préférence* (le seul dont nous nous occupions en ce moment), pour toutes les obligations résultant du bail, conséquemment pour tous les loyers, échus ou à échoir, encore que le bail fût sous seing privé ou même verbal ; et, au contraire, notre article se rattache au système suivi à Paris, où, « les fraudes étant plus communes, » comme le dit Pothier, il était de jurisprudence, suivant les actes de notoriété du Châtelet des 16 février 1688, 24 mars 1702 et 19 septembre 1716 (4), de n'accorder de préférence au bailleur que *pour trois termes échus et pour le courant*, lorsque le bail n'était que verbal ou même seulement sous signature privée. Mais, on le voit, il s'en faut que l'étendue de la créance privilégiée soit définie dans notre article aussi nettement qu'elle l'était dans les actes de notoriété du Châtelet de Paris. Cet article exprime que la créance des loyers et fermages est privilégiée *pour une année à partir de l'expiration de l'année courante;* et il résulte clairement de là que le privilége n'embrasse, dans l'*avenir*, qu'une seule année, celle qui suit l'année courante. Mais le *présent*, c'est-à-dire l'année courante elle-même, et le *passé*, c'est-à-dire les années échues antérieurement, sont-ils exclus?

(1) *Voy*. Grenier (*loc. cit.*), Tarrible (*loc. cit.*), MM. Persil (*loc. cit.*, n° 15), Dalloz (*loc. cit.*, n° 16).
(2) Lyon, 28 avril 1847 (Dev., 48, 2, 129).
(3) Pothier (*Du Louage*, n° 253).
(4) *Voy*. ces actes à leur date dans la collection de Denisart.

Les opinions sont sur ce point on ne peut plus divergentes, et le nombre même des systèmes qui se sont produits atteste l'insuffisance et le défaut de clarté de la loi. Jusqu'ici ces systèmes étaient au nombre de trois : l'un, indiqué par le sens apparent de notre article, exclut le présent et le passé et n'accorde dans l'avenir que l'année qui suit l'année courante (1) ; l'autre, moins rigoureux, donne au privilége l'année courante avec celle qui la suit (2) ; le troisième, plus large encore et aujourd'hui dominant dans la pratique, admet le privilége pour toutes les années échues, pour l'année courante et pour celle qui la suit (3). Maintenant, et depuis peu, nous avons un quatrième système : c'est celui de M. Mourlon (4), qui, substituant le mot *terme* au mot *année*, par lequel le point de départ est marqué dans notre article, et supposant que la loi a déterminé l'année privilégiée en retournant en arrière à compter de l'expiration *des termes courants*, estime que le bailleur aurait privilége pour une seule année, laquelle se composerait, comme dans l'ancien usage du Châtelet de Paris, du terme courant non encore achevé au moment de la faillite ou de la saisie, et des trois derniers termes échus. Mais ce quatrième système, comme M. Mourlon l'a pressenti d'ailleurs, se détruit par les nécessités mêmes auxquelles il est condamné pour se produire. Il doit supposer d'abord que le législateur a, par une inadvertance inexplicable, pris l'*année* courante pour le *terme* courant ; il doit ensuite changer le sens naturel des mots et supposer que l'expression *à partir*, qui indique un point de départ d'où l'on va aller en avant, signifie cependant ici, par le plus étrange renversement des choses, un point d'arrêt d'où il faudra revenir en arrière ! Et tout cela pourquoi ? Pour arriver à dire qu'en définitive les rédacteurs du Code ont voulu consacrer, ni plus ni moins, l'ancien usage du Châtelet de Paris ! Mais, en vérité, si telle avait été leur pensée, ils s'y seraient bien mal pris pour la rendre. Ils avaient sous les yeux la formule si précise et si nette des actes de notoriété. Quoi de plus simple que de la reproduire ? Au lieu de cela, ils prennent un détour et s'expriment de telle façon que, voulant dire ce que disaient ces actes de notoriété, ils arrivent à quelque chose d'absolument différent, puisque les expressions

---

(1) *Voy.* Grenier (t. II, n° 309), Favard de Langlade (v° Privilége, sect. 1, § 2, n° 4). — *Voy.* encore Bordeaux, 12 juin 1825 et 17 décembre 1839 (*J. P.*, 1840, t. II, p. 128). On a cité quelquefois Tarrible comme ayant exprimé cet avis (*Rép.*, v° Privilége, sect. 3, § 2, n° 5) ; mais s'il exclut là les années antérieures, il ne s'explique pas sur l'année courante. — *Voy.* la note qui suit.

(2) *Voy.* Delvincourt (t. III, p. 151, note), MM. Persil (art. 2102, § 1, n° 22), Valette (n° 63). — C'est aussi l'avis qu'a exprimé Tarrible dans son discours au Corps législatif sur les six premiers titres du liv. Ier, part. 2, du Code de procédure civile (*infrà*, p. 89). — *Voy.* encore MM. Coulon (t. II, p. 81), Henri Demante (*Rev. étrang. et franç.*, t. IX, p. 697).

(3) MM. Dalloz (*loc. cit.*, n° 20), Duranton (t. XIX, n° 92), Zachariæ (t. II, p. 109, note 12), Troplong (t. I, n° 150), Taulier (t. VII, p. 143). — *Voy.* Cass., 28 juill. 1824 ; Req., 6 mai 1835 ; Rouen, 22 août 1821 et 12 juill. 1823 ; Grenoble, 28 mars 1838 ; Rouen, 25 avril 1842 ; Douai, 29 août 1842 ; Lyon, 28 avril 1847 (Dalloz, 48, 2, 86 ; Dev., 48, 2, 120 ; *J. P.*, 1847, t. II, p. 235).

(4) *Voy.* M. Mourlon (*Comm. théor. et prat.*, n° 101).

qu'ils emploient, entendues dans leur sens naturel, placent exclusivement dans l'avenir cette année privilégiée que les actes de notoriété avaient mise pour un quart dans le présent et pour les trois autres quarts dans le passé. M. Mourlon se trompe évidemment, et le système qu'il propose n'a aucune chance d'être accueilli. Nous rejetterions aussi, pour notre part, le dernier des trois autres systèmes, celui qui accorde au privilége toutes les années échues avec l'année courante et celle qui la suit. C'est là, nous l'avons dit, la théorie dominante aujourd'hui; c'est celle qui est suivie à peu près invariablement dans la pratique moderne. L'exagération en est grande, pourtant, et d'autant plus que, même dans le cas de bail authentique, c'est beaucoup d'accorder autant au locataire, puisque, en définive, il y a négligence de sa part s'il laisse s'accumuler les loyers ou fermages arriérés. Pour nous, quand nous refusons au bail sous seing privé, même avec date certaine, l'effet d'assurer au locataire par privilége la totalité des loyers échus (*suprà*, n° 126); on comprend bien qu'à plus forte raison nous refuserons cet effet au bail sous seing privé sans date certaine et surtout au bail verbal. Nous le répétons, d'ailleurs, tout le système de la loi repose ici sur une théorie de bonne ou de mauvaise foi. Or, dans notre hypothèse actuelle, l'expression restrictive de la loi témoigne que c'est le danger de la fraude, par conséquent la présomption de mauvaise foi, qui a dominé la pensée du législateur. Il s'en est expliqué, du reste, d'une manière formelle. Nous aurions craint, disait M. Treilhard au Conseil d'État, de donner ouverture à la collusion si nous avions attaché aux baux qui n'ont pas une date certaine l'effet de donner au propriétaire un privilége pour un temps plus long que l'espace d'une année. Et comme on opposait la notoriété, particulièrement dans les baux ruraux; comme on s'attachait à cette notoriété pour dire que, même en l'absence d'un bail sans date certaine, il fallait admettre le privilége pour les loyers échus, M. Treilhard répondait « que si le fait du bail est notoire, les conditions ne le sont pas; qu'ainsi rien n'est plus facile au propriétaire que de se concerter avec le fermier pour exagérer le prix de la ferme et frustrer les créanciers (1). » C'est sur cette explication que notre article a été voté dans les termes où nous le trouvons dans le Code; et quand la loi (une loi sur les priviléges, c'est-à-dire une loi essentiellement restrictive) se produit avec cette explication donnée par ceux-là mêmes qui l'ont rédigée, nous n'admettons pas que, dans l'application, l'interprète en puisse étendre la portée.

Restent donc deux solutions seulement entre lesquelles l'hésitation soit possible : l'une, d'après laquelle le privilége serait restreint à une seule année prise tout entière dans l'avenir; l'autre, d'après laquelle le privilége embrasserait non-seulement cette année à venir, mais encore l'année courante. De ces deux solutions, la première a sans doute pour elle le sens apparent du texte, lequel nous dit que les loyers et fermages, dans le cas de bail sans date certaine, sont privilégiés *pour*

(1) *Voy.* Locré (t. XVI, p. 241 et 252), Fenet (t. XV, p. 352).

une année, et ajoute que cette année part *de l'expiration de l'année courante.* Mais ce n'est là qu'une apparence; nous croyons que le point de départ lui-même, c'est-à-dire l'année courante, est virtuellement compris par le texte dans la part qu'il fait au privilége du bailleur, qui ainsi serait privilégié, à raison de ses loyers ou fermages, non-seulement pour une année prise tout entière dans l'avenir, mais encore pour tous les termes dus de l'année courante. Nous croyons cela, d'abord parce que si la loi a présumé la bonne foi et la sincérité du bail pour une année qui n'a pas encore commencé, c'est-à-dire pour un temps où tout pouvait être suspecté, l'existence même du bail aussi bien que le prix et les conditions alléguées, il impliquerait que la même présomption n'existât pas pour l'année courante, c'est-à-dire pour un temps où aucune suspicion ne peut s'élever, à tout le moins quant à l'existence du bail, puisqu'elle est démontrée par la possession. Nous le croyons ensuite parce que cette interprétation de la loi est celle qui a été produite au Corps législatif précisément à l'occasion des articles du Code de procédure qui sont une sorte de mise à exécution des principes du Code Napoléon sur le privilége du locateur. « Le Code civil, a dit M. Tarrible demandant au Corps législatif l'adoption des art. 819 et suivants du Code de procédure civile, a accordé au propriétaire un privilége sur les fruits de la récolte de l'année et sur le prix de tout ce qui garnit la maison ou la ferme, pour l'entière exécution du bail, s'il a une date certaine; *ou pour l'exécution* DE L'ANNÉE COURANTE *et de la suivante*, lorsque le bail n'a ni authenticité ni date certaine... Il est juste d'assurer de plus en plus l'efficacité de ce privilége, en donnant au propriétaire des moyens prompts et faciles de l'exercer (1). »

C'est la solution à laquelle nous nous rattachons; et, bien entendu, nous la suivons invariablement, soit qu'il s'agisse de baux de ville, soit qu'il s'agisse de baux ruraux. Sous ce dernier rapport, cependant, il y a défaut d'harmonie entre notre article et les principes posés en matière de louage. La durée des baux ruraux faits sans écrit est réglée par la division des terres en soles ou saisons (art. 1774 et suiv.); et puisque notre article admet la sincérité du bail et sur ce fondement accorde le privilége à raison de fermages à venir, il semble que l'étendue de la créance privilégiée aurait dû être mesurée au temps pendant lequel le bail doit nécessairement se prolonger. Mais notre article dispose d'une manière générale; l'application ne saurait donc varier.

128. Lorsque le locateur, exerçant la plénitude de son droit, obtient une collocation qui embrasse, soit tous les termes à échoir en cas de bail authentique ou ayant date certaine, soit les termes dus de l'année courante et toute l'année qui la suit, en cas de bail sans date certaine ou de bail verbal, la loi relève les autres créanciers du locataire du préjudice que leur fait éprouver une collocation aussi large, ou du moins elle leur procure une sorte de compensation en leur don-

(1) Locré (t. XXIII, p. 167 et 168).

nant le droit de relouer à leur profit la maison ou la ferme pour le restant du bail. Ceci est une dérogation au droit commun ; mais elle est profondément équitable, puisqu'il eût répugné à la justice et à la raison que le bailleur, ainsi payé par anticipation de loyers ou fermages qui peut-être ne lui auraient jamais été dus, eût en outre la chose à sa disposition et en pût tirer un profit nouveau en la relouant. Cette considération d'équité domine toutes les hypothèses; voilà pourquoi nous avons pu dire, en généralisant la proposition, que le droit de relocation appartient aussi aux créanciers du preneur dont le bail était sans date certaine ou même verbal, bien que notre article ne parle de ce droit qu'à l'occasion des baux authentiques ou ayant date certaine. Évidemment il faut suppléer ici au silence de la loi, car la raison de décider est la même, l'esprit ne concevant aucune situation dans laquelle il puisse être admis que le bailleur ait à la fois la chose et le prix, la jouissance de l'immeuble et les loyers ou fermages.

Par le même motif, le droit de relocation est acquis aux créanciers du preneur, encore que le contrat contienne prohibition de sous-louer ou de céder le bail. Le bailleur ne saurait, en effet, se placer, à la faveur de la clause prohibitive, dans la condition inique d'avoir à la fois la chose et le prix. La clause ne peut donc être opposée aux créanciers du preneur. S'il en était autrement, d'ailleurs, notre article n'aurait rien fait en réalité pour ces créanciers, puisqu'il est bien évident que le droit de relouer, si le bail ne contient pas de clause prohibitive, existait déjà en leur faveur, en vertu de la règle générale posée dans l'art. 1166. Notre article n'a donc une signification qui lui soit propre qu'à la condition d'être pris comme donnant aux créanciers un droit supérieur à celui de leur débiteur, et tel, par conséquent, qu'il leur permette de surmonter les entraves résultant pour celui-ci des clauses prohibitives du contrat au point de vue de la sous-location ou de la cession de bail. Ce n'est pas à dire, toutefois, que les clauses de cette nature seront absolument sans effet même vis-à-vis des créanciers du preneur. Elles auront un effet, au contraire, mais un effet restreint et qui n'altère pas le principe de compensation établi par notre article : elles permettront au bailleur de reprendre sa maison ou sa ferme, en renonçant aux loyers ou fermages à échoir, faculté que le bailleur n'aurait pas si le bail ne contenait aucune disposition prohibitive, puisque alors les créanciers pourraient, en s'armant de l'article 1166 du Code Napoléon, relouer la maison ou la ferme sans tenir aucun compte de l'offre que ferait le propriétaire d'abandonner les loyers ou fermages à venir.

129. Du reste, le droit que notre article accorde aux créanciers du preneur ne peut être exercé qu'à de certaines conditions.

Il faut d'abord, et ceci s'induit des observations qui précèdent, que le bailleur ait exigé par préférence les loyers ou fermages *à échoir*. S'il s'en était tenu aux *termes échus* et non payés, le droit de relocation n'existerait pas en faveur des autres créanciers, et cela quand même le bailleur aurait exercé son privilége à raison de ces termes échus. La

prétention contraire a été élevée dans une espèce où des créanciers du preneur avaient été primés, dans la distribution, par le bailleur, qui cependant ne s'était fait colloquer que pour ses loyers échus; mais la prétention a été écartée, et par un arrêt de rejet du 30 janvier 1827, que nous ne trouvons pas dans les Recueils, la chambre civile de la Cour de cassation a décidé que ce n'est pas là le cas prévu par le paragraphe premier de notre article, et que, dans un tel concours de circonstances, la demande incidemment formée par les créanciers du preneur d'être autorisés à faire procéder en justice ou devant notaire à la relocation, à leur profit, de la ferme pour le temps qui restait à courir du bail, avait été justement rejetée par les juges du fond.

Il faut ensuite, dans le cas où les meubles du preneur n'auraient pas produit un prix suffisant pour acquitter dans son intégralité la créance du bailleur, que les créanciers, qui veulent user du droit de relouer la maison ou la ferme pour le restant du bail, payent au propriétaire tout ce qui lui serait encore dû. Soit un preneur dont le bail par acte authentique comportait une durée de neuf années et le prix de 1,000 fr. par an. Le mobilier de ce preneur est saisi avant l'expiration de la première année, quand le preneur n'avait encore rien payé. Dans ce cas, la créance pour laquelle le bailleur pourra se faire colloquer est de 9,000 fr. Le mobilier saisi est vendu, et il produit une somme qui, déduction faite de toutes les créances qui priment celles du bailleur, laisse libre pour celui-ci un reliquat de 4,000 fr. Dans ce cas, 5,000 fr. restent dus au bailleur, et les créanciers du locataire ne pourront exercer le droit de relocation dans toute son étendue, c'est-à-dire pour le restant du bail, sans payer au bailleur précisément cette somme de 5,000 fr. — Toutefois, ce n'est pas immédiatement qu'ils devront payer cette somme; la loi ne leur impose pas, en effet, l'obligation d'en faire l'avance, et les droits du bailleur seront suffisamment sauvegardés lorsque, d'une part, les créanciers du preneur payeront à mesure que les loyers viendront à échéance, et que, d'une autre part, ils lui auront procuré un nouveau locataire dont le mobilier répondra désormais de ces mêmes loyers.

Mais si les créanciers trouvaient trop onéreux de prendre tout entière la charge du bail, ils pourraient limiter dans son exercice leur droit de relocation en le restreignant aux années à échoir dont le prix du mobilier aurait procuré le payement par avance, par exemple, dans l'espèce que nous avons supposée, à trois années, puisque, des 4,000 fr. payés au bailleur, 1,000 s'appliquent à l'année courante. Ce droit de scinder en quelque sorte le bail est contesté cependant par quelques auteurs aux créanciers du locataire (1), sur l'autorité de notre article, où on lit que « les autres créanciers ont le droit de relouer la maison ou la ferme *pour le restant du bail.* » Mais si le texte exprime que les créanciers peuvent aller jusque-là, il ne dit en aucune manière qu'ils y doivent aller nécessairement. En définitive, il s'agit ici d'un droit intro-

(1) *Voy.* MM. Duranton (t. XIX, nº 91), Valette (nº 64).

duit en faveur des créanciers comme compensation au préjudice que leur cause le privilége exhorbitant accordé au bailleur dont la créance les prime. Il est donc raisonnable de laisser toute sa latitude à l'exercice de ce droit, et de permettre à ceux en faveur de qui il est établi de mesurer à leur intérêt ce qu'il leur convient de faire. Aussi bien, s'il en était autrement, si les créanciers, dans le cas où la charge entière du bail serait trop onéreuse, étaient empêchés de faire leur profit des loyers ou fermages correspondants au nombre d'années dont la distribution a procuré au propriétaire le payement par avance, on serait dans cette alternative, ou de laisser au propriétaire, pendant ce nombre d'années, la chose et le prix, ce qui est l'iniquité contre laquelle a été imaginé le droit de relocation, ou de dire que, pendant ce même temps, les lieux seront inoccupés, la maison sans habitants, ou la ferme sans exploitation, ce qui serait le comble de la déraison (1).

VI. — 130. Après avoir dit en quoi consiste le droit de préférence du locateur, nous avons à parler, pour compléter nos observations sur ce sujet, d'un autre droit qui est comme le complément et la sanction du privilége : c'est le droit de suite. En thèse générale, le privilége, quand il porte sur les meubles, ne déroge au droit commun que par l'avantage qu'il donne au créancier d'être payé par préférence; il n'existe donc qu'autant que la chose qui en est grevée est aux mains du débiteur; ainsi le veut la règle que *les meubles n'ont pas de suite par privilége ou hypothèque*. Mais, nous l'avons dit déjà (*suprà*, n° 20), il y a des exceptions; le privilége, même sur les meubles, comporte quelquefois une sorte de droit de suite qui permet au créancier de suivre la chose entre les mains des tiers, même de bonne foi, et sinon de revendiquer la propriété même de cette chose, au moins d'obtenir qu'elle revienne en la possession du débiteur qui en était dessaisi, afin que le créancier y puisse exercer son droit de préférence. C'est cette exception que notre article consacre en faveur du locateur, quand il nous dit « que le propriétaire peut saisir les meubles qui garnissent sa maison ou sa ferme, lorsqu'ils ont été déplacés sans son consentement, et il conserve sur eux son privilége, pourvu qu'il ait fait la revendication; savoir, lorsqu'il s'agit du mobilier qui garnissait une ferme, dans le délai de quarante jours; et dans celui de quinzaine, s'il s'agissait des meubles garnissant une maison. » Sur quoi nous avons deux points à considérer : les conditions auxquelles le droit est subordonné, et l'étendue qu'il comporte.

131. Quant aux conditions, il faut d'abord que le propriétaire-locateur n'ait pas consenti au déplacement des meubles qui garnissaient sa maison ou sa ferme, car notre article nous dit que le propriétaire peut saisir ces meubles lorsqu'ils ont été déplacés *sans son consentement*. Bien entendu, il n'est pas nécessaire que le consentement soit exprès pour fonder la fin de non-recevoir contre toute revendication de la part du propriétaire-locateur. Le consentement tacite suffirait, et ce consen-

---

(1) *Voy.*, en ce sens, MM. Persil (2102, § 1, n° 18), Dalloz (*loc. cit.*, n° 18), Mourlon (n° 96).

tement s'induirait de toute circonstance donnant à penser que le propriétaire-locateur a renoncé à voir, dans l'objet déplacé de sa maison ou de sa ferme, le gage de sa créance. Par exemple, le propriétaire a été présent à l'enlèvement d'un meuble qui garnissait l'appartement de son locataire, et il ne s'est pas opposé; toute réclamation ultérieure, toute revendication, lui sera interdite, car son assistance implique consentement au déplacement. Bien plus : l'enlèvement fût-il effectué même en l'absence du propriétaire-locateur, la revendication n'en serait pas moins inadmissible si la chose enlevée, destinée par sa nature même à être vendue, avait fait réellement l'objet d'un marché entre le locataire et le tiers qui l'a enlevée. Telles sont, par exemple, les marchandises que le locataire avait dans le magasin par lui loué; tels encore les fruits que le fermier aurait récoltés dans la ferme qu'il tient à bail. Le propriétaire-locateur est réputé consentir tacitement à l'aliénation de ces sortes de choses, puisqu'il ne peut ignorer que leur nature même les destine à être aliénées.

En second lieu, il faut, pour que la revendication soit admissible, qu'elle soit exercée dans les délais déterminés. Ce délai devait nécessairement être fort restreint, car il importe que le commerce des meubles ne soit pas trop longtemps entravé : aussi voit-on que la loi le limite à quinze jours lorsqu'il s'agit des meubles garnissant une maison, et lorsqu'il s'agit du mobilier qui garnissait une ferme, à quarante jours, c'est-à-dire à un délai plus que doublé, ce qui s'explique et se justifie par la raison que la surveillance du propriétaire-locateur s'exerce moins facilement sur les biens ruraux que sur les biens de ville, et que les déplacements de mobilier y peuvent être plus longtemps ignorés; mais, dans l'un et l'autre cas, le point de départ du délai se place au jour de l'enlèvement du mobilier de la ferme ou des meubles de la maison; et nous ne pensons pas qu'il faille suivre l'opinion de quelques auteurs (1), qui, exceptant le cas de concert frauduleux entre le locateur et les tiers, fixent le point de départ du délai, dans ce cas, au jour où le propriétaire-locateur aurait été instruit du déplacement. La loi s'exprime en termes si généraux que cette limitation ne doit pas y être introduite, d'autant plus que, à s'en tenir à ses expressions mêmes, il semble que le concert frauduleux dont on nous parle ici n'est pas étranger à ses prévisions (2).

132. Quant à l'étendue du droit, elle est déterminée par celle du privilége lui-même, dont il est, comme nous l'avons dit, le complément et la sanction. Il pourra donc être exercé à l'occasion de tout ce qui est grevé du privilége. Et à ce point de vue, nous considérons comme on ne peut plus contestable l'opinion qui domine aujourd'hui sur le point de savoir si le locataire ou le fermier peut enlever quelques-uns des objets qui garnissent la maison ou la ferme lorsque ce qui reste est suffisant

(1) *Voy.* MM. Persil (art. 2102, § 1, n° 2), Dalloz (*loc. cit.*, n° 23), Duranton (t. XIX, n° 100), Zachariæ (t. II, p. 110, n° 14).

(2) *Voy.* MM. Taulier (t. VII, p. 14), Troplong (t. I, n° 161), Valette (n° 67). — *Junge* : Req., 6 mai 1835.

pour assurer son payement au locateur. On décide généralement que le locataire n'étant tenu, sous le rapport de la garantie due au bailleur, que de garnir la maison de meubles suffisants (art. 1752), il s'ensuit qu'il y aurait exagération à permettre au bailleur de s'opposer au déplacement de meubles dont l'enlèvement laisserait encore dans la maison un gage suffisant (1). Mais on n'a pas pris garde qu'il n'y a pas une corrélation nécessaire entre l'obligation à laquelle est tenu le locataire de garnir les lieux loués d'un mobilier suffisant, et le droit qui résulte, en faveur du locateur, du privilége que la loi lui accorde. Le locataire doit un gage suffisant; il ne doit pas autre chose, au point de vue de la garantie, et son obligation, à cet égard, est remplie dès que le locateur s'est contenté de ce que son locataire lui a offert en gage : c'est bien évident. Mais cela fait-il que ce qui entre en excédant dans la maison ou dans la ferme louée ne soit pas grevé du privilége du locateur? Non assurément, car la loi nous dit que le privilége porte sur tout ce qui garnit la maison ou la ferme louée. Or, si le privilége porte sur tout, comment le locataire en pourrait-il retirer quelque chose sans l'aveu, sans le consentement, exprès ou tacite, du locateur? Nous ne le comprenons pas. Et puis, d'ailleurs, sera-ce chose facile de dire, en cas de déplacement d'une partie du mobilier, si la portion qui reste est ou non suffisante pour garantir, non-seulement le payement des loyers, mais encore l'exécution de toutes les obligations pouvant résulter du bail? Il s'élèvera nécessairement sur ce point des difficultés dans lesquelles le locateur et le locataire sont trop directement intéressés pour n'être pas mauvais juges l'un aussi bien que l'autre. Le plus sûr évidemment serait de voir dans la loi ce qui s'y trouve réellement : elle dit que le privilége du locateur porte sur tout ce qui garnit la maison ou la ferme louée; elle dit donc par cela même que rien ne pourra sortir de la maison ou de la ferme sans le consentement, exprès ou tacite, du locateur. La jurisprudence s'était d'abord prononcée en ce sens; nous doutons qu'en se réformant elle se soit améliorée (2).

C'est par les mêmes considérations encore que le bailleur d'un bien rural a, selon nous, le droit de revendication même sur les *fruits*, quoique notre article ne parle que des *meubles* ou du *mobilier* qui garnissaient la maison ou la ferme. M. Delvincourt a dit, en sens contraire, que les fruits étant destinés à être vendus par le fermier, il impliquerait que le propriétaire pût être admis à les revendiquer contre l'acquéreur (3). Nous disons aussi cela nous-même. Mais les fruits peuvent sortir de la ferme autrement que par l'effet d'une vente, et de ce que le droit de revendication doit être refusé, dans l'hypothèse

(1) Rej., 8 déc. 1806; Rouen, 30 juin 1846 (Dev., 47, 2, 510). — *Voy*. aussi Favard (*Rép.*, v° Saisie-gagerie) et MM. Persil (*loc. cit.*, n° 4), Dalloz (*loc. cit.*, n° 25), Zachariæ (t. II, p. 110), Duranton (t. XIX, n° 103), Troplong (n° 164).

(2) Paris, 20 octobre 1806; Poitiers, 28 janvier 1819. — *Voy*. aussi M. Mourlon (n° 164).

(3) Delvincourt (t. III, p. 274, note 8). — *Voy*., dans le même sens, Tarrible (*Rép. de Merlin*, v° Privilége, sect. 3, § 2, n° 7) et M. Persil (*loc. cit.*, n° 5).

de vente, s'ensuit-il qu'il doive l'être également dans tous les autres cas de déplacement? Non, sans aucun doute; et le texte n'y contredit pas, puisqu'il parle non-seulement des *meubles*, mais encore du *mobilier*, expression générale qui embrasse toute espèce de meubles (art. 533), et par conséquent les fruits (1).

Du reste, notons-le bien, si le droit de revendication n'est pas admis contre l'acquéreur *de fruits*, ce n'est pas à dire qu'en thèse générale, et lorsqu'il s'agit de tout autre chose que des fruits, ce droit ne puisse pas être exercé contre les tiers acquéreurs même de bonne foi. Dans l'hypothèse d'une vente de fruits, un motif particulier protége la vente : c'est que, s'agissant de choses dont la destination est d'être vendues, le locateur est censé avoir consenti d'avance à leur déplacement, à leur aliénation par le fermier. Mais supposons que la vente ait pour objet un de ces meubles qui garnissent la maison ou la ferme et sont destinés à la garnir tant qu'ils existent, il en est tout autrement. Ici, le locateur sera fondé à opposer son droit de suite, même au tiers acquéreur de bonne foi, ou au créancier qui, de bonne foi également, aurait reçu le meuble, soit en payement, soit en nantissement. C'était l'avis de Pothier sous l'ancienne jurisprudence. « Les meubles, dit-il, ayant contracté une espèce d'hypothèque, lorsqu'ils ont été introduits dans la maison ou métairie, le locataire, ne les possédant dès lors qu'à la charge de cette espèce d'hypothèque, n'a pu les transporter à une autre qu'à cette charge, personne ne pouvant transférer à un autre plus de droit dans une chose qu'il n'en a lui-même (2). » Et Pothier cite à l'appui Dumoulin, qui dit en effet, sur l'art. 125 de la coutume du Bourbonnais, que ce droit de suite pouvait être opposé par le locateur *etiam emptoribus bonæ fidei, modo intrà breve tempus*. Cette doctrine doit être admise aujourd'hui avec d'autant plus de raison que notre article, infiniment plus précis que ne l'étaient les textes anciens qui établissaient le droit de suite (3), indique par la généralité même de ses termes que le droit qu'il consacre en faveur du locateur existe, sans distinction aucune, dès que son gage est amoindri par l'effet d'un *déplacement quelconque,* soit que ce déplacement procède d'une vente consentie par le locataire, soit qu'il procède de toute autre cause (4). Seulement, comme le locateur ne saurait être traité plus favorablement que le propriétaire auquel un objet mobilier aurait été volé, il faudra dire que si les meubles déplacés avaient été achetés dans les circonstances et dans les conditions indiquées par l'art. 2280 du Code Napoléon, la revendication ne pourrait avoir lieu que sauf remboursement du prix qu'aurait payé l'acquéreur.

VII. — 133. *Sommes dues pour semences, frais de récolte et usten-*

---

(1) Favard de Langlade (*loc. cit.*), Dalloz (*loc. cit.*, n° 26), Zachariæ (t. II, p. 107, note 9), Taulier (t. VII, p. 145), Valette (n° 94), Troplong (n° 165).

(2) Pothier (*Du Louage*, n° 261).

(3) *Voy.* notamment l'art. 171 de la coutume de Paris et les observations d'Auzanet sur cet article.

(4) *Voy.* MM. Troplong (n° 162), Valette (n° 67). — *Junge :* Poitiers, 17 fév. 1834.

siles. — Notre article dispose, virtuellement du moins, que la créance des sommes dues pour semences, frais de récolte et ustensiles, est privilégiée : c'est évident, puisque le texte nous dit que cette créance doit être payée avant celle du propriétaire locateur sur le prix de certaines choses spécialement grevées du privilége de ce dernier. C'est donc avec toute raison que nous faisons de ceci un privilége distinct, bien qu'il n'ait pas son numéro dans l'énumération présentée par notre article. (Voy. *suprà*, n° 112.)

Le Code Napoléon, en ceci, précise et soumet à une règle uniforme des points qui étaient fort variés sous l'ancienne jurisprudence : certaines créances y étaient aussi préférées à celle des seigneurs d'hôtel ou de métairie ; mais chaque pays avait à cet égard sa règle particulière. Ainsi, tandis qu'en Dunois un privilége était accordé sur les fruits aux charrons et maréchaux pour leur fourniture de l'année, ce privilége était refusé par la coutume d'Orléans, qui, d'un autre côté, préférait les valets de labour au propriétaire pour les services qu'ils avaient rendus pendant les quatre mois courus depuis la Saint-Jean jusqu'à la Toussaint. Ici les moissonneurs étaient préférés au seigneur de métairie sur les grains qu'ils avaient coupés à la dernière récolte, et les métiviers sur ceux qu'ils avaient métivés ; là, celui-là même qui avait fourni la semence n'était préféré au propriétaire qu'autant qu'il avait de lui un consentement de préférence (1). Notre article a coupé court à ces divergences en déclarant préférables à la créance du propriétaire : 1° la créance pour semences et pour frais de la récolte de l'année sur le prix de la récolte ; et 2° la créance pour ustensiles sur le prix de ces ustensiles.

134. Sur ce, nous avons à faire remarquer, quant au premier de ces priviléges, d'un côté, qu'il appartient seulement à ceux qui, tels que les domestiques, les ouvriers et les journaliers, ont pris une part directe à l'ensemencement des terres ou à la levée des récoltes (2), mais que, dès qu'il s'agit d'un créancier qui est fondé à l'invoquer, ce créancier a droit à être payé par préférence sur les fruits, sans qu'on puisse lui opposer, s'il a négligé de réclamer au fur et à mesure le payement de ses journées de travail, qu'il a suivi la foi du fermier par lequel il a été employé (3) ; d'une autre part, que toutes sommes dues pour semence ou pour frais de récolte donnent lieu au privilége, et que, la loi ne précisant et ne distinguant pas, ce privilége doit être étendu à toutes les fournitures faites en vue de la récolte (4), quoique la cour de Caen ait cru, bien à tort, devoir juger le contraire (5).

135. Sur le second privilége, nous ferons remarquer d'abord que les sommes dues pour ustensiles sont payées par préférence au bailleur sur ces ustensiles, soit que la dépense ait eu pour cause la réparation,

(1) *Voy.* Pothier (*Du Louage*, n° 256).
(2) Limoges, 26 août 1848 (Dall., 49, 2, 173 ; Dev., 48, 2, 321).
(3) Cass., 24 juin 1807.
(4) *Voy.* Bordeaux, 2 août 1831 ; Rej., 3 janv. 1837.
(5) Caen, 28 juin 1837.

soit qu'elle ait eu pour cause l'achat des ustensiles, et cela sans distinction aucune entre le cas où le bailleur a su et celui où il a ignoré que le prix était encore dû à l'ouvrier qui a fait la réparation ou au marchand qui a fait la vente. Mais, toutefois, la solution ne doit être ainsi généralisée que dans le cas où, soit l'achat, soit la réparation des ustensiles, a eu lieu au cours du bail. Que si la vente ou la réparation avait eu pour objet des ustensiles apportés par le fermier à son entrée en jouissance, il ne serait pas indifférent que le bailleur eût eu ou non connaissance de la dette dont ils étaient grevés lors de leur apport dans la ferme. La préférence ne serait due alors au vendeur des ustensiles ou à l'ouvrier qui les aurait réparés que dans le cas où le bailleur aurait su que le prix de la vente ou de la réparation n'était pas payé, et ceci par application de la règle posée au n° 4, § 3, de notre article, règle dont l'application à notre espèce se justifie par une raison identique de décider (1). En second lieu, la préférence n'existe que pour les sommes dues à l'occasion des ustensiles servant à l'exploitation. Si la créance provenait de dépenses faites pour des ustensiles de ménage, elle serait hors des termes de notre article, et il n'y aurait à compter pour obtenir payement qu'avec les règles du droit commun. Cependant il ne faudrait pas croire que la disposition de notre article s'applique exclusivement aux sommes dues pour ustensiles *aratoires*. Ce sont bien ces ustensiles que la loi a eu principalement en vue; mais on pourrait, sans en étendre la disposition, l'appliquer aux sommes dues pour ustensiles employés dans une exploitation autre que les exploitations rurales. La raison de décider est la même en effet, et, sous ce rapport, nous regardons comme bien rendu un arrêt de la Cour d'Amiens suivant lequel le privilége du charron, du maréchal et du bourrelier, s'exerce de préférence à celui du locateur sur le prix des ustensiles par eux fournis ou réparés, sans qu'il y ait à distinguer si les ustensiles s'appliquent à une usine ou s'il s'agit d'ustensiles aratoires (2).

136. Il nous reste à dire que le droit de préférence créé en faveur du créancier, soit pour semences ou frais de récolte, soit pour ustensiles, porte exclusivement sur les objets même indiqués par la loi. Ainsi les sommes dues pour les semences ou pour les frais de récolte *de l'année* sont payées par préférence au propriétaire *sur le prix de la récolte :* donc le créancier, pour ces causes, ne serait pas préféré sur le prix des récoltes antérieures à celles de l'année; il ne pourrait avoir sur le prix de ces récoltes qu'une action personnelle et non privilégiée (3). D'un autre côté, les sommes dues pour ustensiles sont payées par préférence sur le prix *de ces ustensiles :* la préférence s'exercera donc sur le prix des ustensiles grevés de la dette, non sur les autres; encore moins s'exercera-t-elle sur le prix de la récolte de l'année. Le tribunal de Joigny s'était prononcé en sens contraire, sur l'un et l'autre point, par un jugement du 31 mars 1838; mais ce jugement a été dé-

(1) *Sic* MM. Duranton (t. XIX, n° 99), Mourlon (n° 107).
(2) Amiens, 20 nov. 1837.
(3) *Sic* M. Persil (p. 105, n° 3).

féré à la Cour suprême, qui, à très-juste raison, en a prononcé la cassation (1).

VIII. — 137. *Créance sur le gage dont le créancier est saisi.* — Notre article présente ici une disposition superflue : il place, en effet, parmi les créances privilégiées sur certains meubles, « la créance sur le gage dont le créancier est saisi. » Or l'art. 2073 du Code Napoléon nous a dit déjà que « le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilége et préférence aux autres créanciers ; » et l'art. 2076 nous a dit de plus que, « dans tous les cas, le privilége ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties. » Notre article ne dit rien de plus que cela ; et les rédacteurs du Code auraient bien pu se dispenser de le répéter, sauf à rappeler ici que ce privilége spécial est réglé au chapitre consacré au gage dans le titre du *Nantissement*. C'est ce que nous avons fait pour notre part. En nous abstenant donc ici de tous développements, qui trouvent mieux leur place dans le *Commentaire-Traité du Nantissement*, nous nous bornons à rappeler que la condition nécessaire du privilége est que le créancier soit saisi du gage, c'est-à-dire qu'il ait une possession réelle et actuelle, non une possession civile, feinte, simulée, précaire (2) ; et que le privilége ne se maintient qu'autant que le créancier gagiste, investi de la possession de la chose, continue de la posséder. Nous rappelons aussi que si la dépossession fait perdre le privilége, cela n'est vrai toutefois que de la dépossession volontaire, parce que celle-là seule implique, de la part du créancier gagiste, une renonciation à son gage. Il n'en serait plus ainsi si le créancier gagiste se trouvait dessaisi du gage par suite d'une perte ou d'un vol. Dans ce cas, la renonciation, par le créancier, à un droit légitimement acquis, ne peut être supposée en aucune manière, et, par conséquent, le créancier pourra, à la faveur de ce droit même, revendiquer, entre les mains de tout tiers possesseur, le gage qu'il aurait perdu ou qui lui aurait été volé. Si ce droit de revendication existe, comme on l'a vu plus haut (n° 130), en faveur du locateur, c'est-à-dire d'un créancier dont le privilége est fondé sur une constitution *tacite* de gage, à plus forte raison doit-on l'accorder à un autre créancier dont le privilége a son principe et sa cause dans une constitution *expresse* de gage (3). Cependant, quelque analogie qu'il y ait entre le créancier gagiste et le locateur, qui, au fond, est lui-même un créancier gagiste, le droit de revendication prend sa source, pour le premier, dans l'art. 2279 du Code Napoléon, et non point dans notre article, qui consacre ce même droit en faveur du second. C'est pourquoi l'action en revendication du créancier gagiste ne se renfermera pas dans le délai de quinze ou de quarante jours, comme celle qui est ac-

(1) Cass., 12 nov. 1839.

(2) *Voy.* Bruxelles, 11 déc. 1806 (Sirey, 7, 2, 243 ; Dalloz, *Rép.*, t. IX, p. 43, à la note). — *Voy.* aussi Paris, 24 avril 1827.

(3) MM. Persil (art. 2102, § 2, n° 1), Duranton (t. XIX, n° 105), Valette (n° 49), Mourlon (n° 112).

cordée au locateur; elle sera régie par le droit commun et subsistera, comme celle du propriétaire pendant trois années à partir de la perte ou du vol (1).

IX. — 138. *Frais faits pour la conservation de la chose.* — Notre article consacre ici un privilége dont les premiers projets du Code avaient omis de parler. On peut voir, en effet, en consultant les premières rédactions, que, dans l'énumération des créances privilégiées sur certains meubles, on avait passé de la créance sur le gage, dont nous venons de dire quelques mots de rappel, à celle du vendeur d'objets mobiliers à laquelle nous arriverons bientôt (2). Ce fut la section de législation du Tribunat qui, sur la communication officieuse qu'elle reçut du projet, ouvrit l'avis d'intercaler, à la place qu'elle occupe aujourd'hui, la créance des frais faits pour la conservation de la chose (3). Rien n'est plus incontestable, comme le disait le Tribunat pour justifier sa proposition, que le fondement de ce privilége; et Ulpien l'explique énergiquement lorsque, après avoir présenté, dans la loi 5, ff. *qui pot. in pign.*, le fait d'avoir dépensé pour conserver la chose comme un cas où le créancier plus récent doit primer un créancier plus ancien, il ajoute, dans la loi 6: *Hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam*. Celui qui a fait des frais pour la conservation de la chose a donc fait l'affaire de la généralité des créanciers, puisqu'il a conservé le gage commun. Comment pourrait-il n'être pas privilégié jusqu'à concurrence de sa dépense sur la chose conservée?...

139. Le privilége s'applique aux frais faits pour la conservation d'un objet mobilier, soit que les frais aient été faits pour une chose animée, par exemple pour la nourriture d'un cheval ou pour son pansement en cas de maladie, soit qu'ils aient été faits pour une chose inanimée, ainsi pour la réparation d'un meuble. Il s'applique également même aux frais faits pour la conservation d'une chose incorporelle: c'est en ce sens que des avances de fonds ont été considérées comme faites pour la conservation d'une créance du débiteur, et ont valu au bailleur de fonds le privilége consacré par notre article (4). Mais, dans tous les cas, il ne peut s'agir ici que de frais faits pour la conservation d'*une chose mobilière*: c'est évident, puisque notre article, dans son ensemble, est relatif aux priviléges spéciaux sur *certains meubles*, et que d'ailleurs le privilége des frais faits sur des immeubles est régi par l'art. 2103. Il découle de là cette conséquence que si un objet mobilier à l'occasion duquel ont été exposés des frais de conservation vient à changer de nature, comme s'il est immobilisé par destination ou par incorporation, le privilége cesse d'exister: l'objet mobilier, désormais partie intégrante de l'immeuble, est affranchi comme l'immeuble même auquel il est attaché (5).

(1) *Voy.* les auteurs cités à la note précédente, à l'exception de M. Mourlon, qui seul est d'un avis contraire (nº 144).

(2) Art. 10 du premier projet et art. 11 du second. — *Voy.* Locré (t. XVI, p. 224, 297).

(3) Locré (*ibid.*, p. 314).

(4) Cass., 13 mai 1835. — *Voy.* aussi Paris, 16 déc. 1841.

(5) Cette conséquence, que nous déduisons ici du texte, a été formellement consa-

140. Mais que faut-il entendre par *frais faits pour la conservation de la chose?* Notre article ne définit pas. Cependant le sens intime nous dit que ces frais sont ceux sans lesquels la chose aurait péri ou du moins aurait cessé de remplir sa destination (1). A ce point de vue, nous ne saurions approuver un arrêt de la Cour de Paris du 28 janvier 1843 (non reproduit dans les Recueils), dont l'espèce est indiquée dans le journal *le Droit* du 29 janvier 1843, si cet arrêt a réellement entendu décider que l'on peut considérer comme frais faits pour la conservation de la chose les honoraires payés à l'avocat par une partie; solution bien inexacte assurément, car, d'une part, ainsi que l'a dit le tribunal de la Seine dans une autre espèce reproduite au même numéro du journal, quelque éclairés que soient les conseils de l'avocat, ils ne peuvent pas créer, en faveur de la partie, son droit qui est préexistant; d'une autre part, ces conseils, qui peuvent bien tendre à mettre le droit en lumière, ne sont pas de nature à le conserver, dans le sens de la loi, puisqu'il n'est pas possible de dire que, sans eux, le droit eût péri et que la justice eût été impuissante par elle-même à le reconnaître et à le sanctionner. Les honoraires attachés à ces conseils ne sont donc pas dans la condition voulue pour donner naissance au privilége, dans cette condition qui est de lier les frais à la chose même pour laquelle ils sont faits, et d'en faire comme un élément essentiel sans lequel la chose eût péri.

De même on a forcé le sens de notre article lorsqu'on a voulu en appliquer la disposition aux sommes dues par le remplacé au service militaire; quand, pour arriver à ce résultat, on a dit que c'est au service du remplaçant sous les drapeaux qu'est due la conservation du prix réglé entre le remplacé et l'agent de remplacement, et que, par ce motif, la loi accorde au remplaçant un rang de faveur dans la distribution de ce prix (2). Quelque faveur qui s'attache à la créance du jeune homme qui s'est obligé à entrer pour un autre au service militaire, lorsque l'intermédiaire qui s'était engagé civilement vis-à-vis de lui est devenu insolvable, les termes de la loi résistent à ce que la somme due à cet intermédiaire par le remplacé pour prix du remplacement soit affectée, à titre de privilége, à l'acquittement du remplaçant. C'est la doctrine que Marcadé a soutenue (*voy.* art. 1779, n° 3, in fine); c'est aussi celle qui a prévalu devant la Cour de cassation et devant la Cour de Paris (3). Quelque rigoureuse qu'elle soit, eu égard à la faveur de la créance, elle est exacte en droit; et du reste il y a moins à regretter depuis que la loi du 26 avril 1855, relative à la création d'une dotation de l'armée, en créant le système d'exonération du service au

---

crée par la loi belge du 16 décembre 1851, qui a réformé le régime hypothécaire en Belgique (*voy.* art. 20, n° 5, de cette loi).

(1) *Voy.* Bordeaux, 28 mai 1832, et Angers, 8 nov. 1848 (Dev., 49, 2, 91); Rouen, 6 janv. 1842.

(2) Toulouse, 16 juin 1831; Lyon, 21 mars 1833. — *Voy.* aussi M. Troplong (*Du Louage*, n° 838).

(3) Cass., 13 janv. 1841; Paris, 16 août 1838.

moyen de prestations versées à la caisse de la dotation, a annulé, en fait, les compagnies de remplacement et a mis en réalité à leur place la caisse de la dotation (1).

141. Le privilége n'étant accordé qu'à celui qui a *conservé* la chose, il s'ensuit que celui qui l'aurait simplement améliorée, qui lui aurait donné seulement une plus-value, n'est pas dans les conditions de la loi et n'a pas droit au privilége. La jurisprudence présente cependant quelques décisions en sens contraire. La Cour de Colmar, notamment, a combattu l'induction par une argumentation qui, au premier coup d'œil, paraît on ne peut plus rationnelle. C'est la nature de la créance, a-t-elle dit, qui doit déterminer et la qualification et le rang qu'elle doit tenir parmi les créances en général, et on ne peut méconnaître, dans l'espèce de la réclamation par un ouvrier qui a *réparé* la chose, tous les caractères qui constituent le privilége, car il est probable que ce sont les substances étrangères, les talents et la main-d'œuvre employés par l'ouvrier, qui ont imprimé aux matières premières, aux matières brutes du débiteur, un caractère, une qualité supérieurs, leur ont procuré une grande augmentation de valeur. Or cet accroissement de produit étant le résultat des dépenses, de l'habileté et des travaux de l'ouvrier, il est de toute justice qu'il jouisse, sur ces objets de son industrie et de ses frais, des mêmes avantages, du même privilége que la loi accorde aux entrepreneurs de bâtiments améliorés, maçons et autres ouvriers (2). La Cour de Rouen est allée même jusqu'à dire que puisque, aux termes de notre article, le créancier a un privilége pour les frais faits pour la conservation de la chose, *à plus forte raison* il doit l'avoir pour l'augmentation de valeur donnée à cette chose (3). — Mais en y regardant de près, il est évident que cette doctrine ne peut pas être suivie. Notre article est précis, il est positif : il parle de frais faits pour la *conservation* de la chose ; il ne faut donc pas l'étendre aux frais faits pour l'*amélioration*, car, encore une fois, il s'agit ici d'un privilége, et les priviléges ne s'établissent pas par interprétation. D'ailleurs, ce n'est pas sans raison que cet article a disposé en termes restrictifs. Les frais d'amélioration, nous le voulons bien, mettent dans le patrimoine du débiteur, tout comme les frais de conservation, mais seulement dans une proportion moins grande, une chose qui n'y serait pas sans ces frais, ce qui est précisément la cause et le fondement du privilége. Mais pourtant, si l'on s'attache à l'objet même de ce privilége, qui est la plus-value, on voit combien la loi a procédé avec sagesse en distinguant entre ces deux sortes de dépenses. En tout état de cause, il est facile de déterminer la valeur qui a été mise dans le patrimoine du débiteur par les frais de *conservation ;* c'est la chose elle-même, la chose dans tout ce qu'elle vaut ; et par conséquent, l'objet sur lequel doit porter le

(1) *Voy.* les art. 5 et suiv. de cette loi. *Voy.* aussi l'Exposé des motifs de M. Rouher et le Rapport de M. Adolphe de Belleyme (*Moniteur*, 30 janv. et 21 mars 1855).

(2) Colmar, 7 mars 1812. — *Voy.* aussi Grenier (t. II, n° 314) et M. Zachariæ (t. II, p. 111).

(3) Rouen, 28 juin 1825.

privilége se montre sans embarras ni difficulté. Appliquez, au contraire, le privilége aux frais d'*amélioration*, et vous voyez surgir à l'instant les complications les plus embarrassantes : il faut rapprocher la chose telle qu'elle est après le travail de l'ouvrier de la chose telle qu'elle était avant, comparer et expertiser, pour dégager cette plus-value sur laquelle seule le privilége peut s'exercer. On comprend tout ce que cette nécessité aurait pu engendrer de contestations et de procès : c'est pour les éviter que le législateur a écrit notre article dans une pensée restrictive. Il a procédé autrement à l'égard des frais faits sur les immeubles (art. 2103); et c'est à cela que se rattache la Cour de Colmar pour conclure de ce cas à celui qui nous occupe. Mais c'est précisément là que se trouve l'argument décisif contre sa doctrine; car si les frais d'amélioration sont privilégiés lorsqu'ils se rapportent à des immeubles, c'est à de certaines conditions; le privilége est subordonné à l'accomplissement rigoureux de formalités à l'aide desquelles on arrive à constater la plus-value résultant des travaux. Or il n'y a rien de semblable ni d'analogue dans notre article. Le législateur a compris que l'emploi de formalités semblables ou équivalentes serait pour ainsi dire impossible, en matière de meubles, ou bien qu'il serait trop coûteux, eu égard aux frais qu'il s'agit de garantir. Dans tous les cas, il a gardé le silence, et par là il a donné suffisamment à entendre que, loin d'assimiler les deux situations, il a voulu les distinguer et ne pas appliquer à la première le privilége qu'il consacrait, dans la seconde, pour les frais d'amélioration (1).

142. Mais si l'ouvrier qui a amélioré la chose mobilière n'a pas, pour ses frais, le privilége qui garantit les frais de conservation, il a du moins le droit de retenir la chose jusqu'à ce qu'il soit payé de ce qui lui est dû. Ce droit de rétention est de toute justice, car il impliquerait que le propriétaire d'une chose améliorée par le travail de l'ouvrier auquel il l'a confiée pût exiger que cet ouvrier lui rendit la chose avant d'être remboursé des dépenses qu'il y a pu faire et indemnisé du travail par lequel il en a augmenté la valeur. Ce droit est consacré aussi par la loi positive, car il s'induit avec évidence des termes de l'art. 570 du Code Napoléon. — Mais pour que l'ouvrier puisse prétendre à ce droit et le conserver, il faut qu'il demeure nanti de la chose par lui réparée; il le perdrait sans retour s'il venait à se dessaisir. Ainsi, après avoir livré la chose qu'il a réparée, il ne pourrait pas, si cette même chose revenait dans ses mains pour une réparation nouvelle, la retenir jusqu'à ce qu'il fût payé des frais de la première réparation, et dont il aurait négligé de réclamer le payement; il ne pourrait pas non plus exercer le droit de rétention sur une chose jusqu'à ce qu'il fût payé des frais qu'il aurait faits à l'occasion d'une chose différente. Nous trouvons cependant un arrêt de la Cour de cassation aux

(1) Delvincourt (t. III, p. 151, note 13), MM. Persil (art. 2102, § 2, n° 2), Dalloz (*loc. cit.*, n° 6), Duranton (t. XIX, n° 115), Troplong (n° 176), Valette (n° 82), Mourlon (n° 114). — *Voy.* aussi Angers, 6 juill. 1826; Paris, 5 mars 1838; Toulouse, 7 déc. 1838.

termes duquel l'ouvrier qui, en vertu d'un même traité, a reçu d'un négociant un certain nombre de pièces d'étoffes pour faire à chacune d'elles un même travail au moyen d'une même opération, a un droit de rétention sur les pièces qui restent entre ses mains, à l'effet d'être payé non-seulement des façons de ces pièces, mais encore des façons de celles qu'il a déjà livrées (1). Mais il y avait là cette circonstance particulière que toutes les pièces avaient été remises à l'ouvrier en vertu d'un même traité, pour être soumises au même travail, à l'aide des mêmes moyens mécaniques. Cela explique la décision; mais en dehors de ces circonstances ou de circonstances analogues, il faut dire que le droit de rétention, éteint par la dépossession, ne peut pas naître par le fait ultérieur qui aurait remis l'ouvrier en possession. Ce point a été fréquemment résolu en ce sens (2).

143. D'ailleurs, c'est en ceci que le privilége attaché aux frais faits pour la *conservation* de la chose se distingue du droit de rétention qui garantit la créance des frais d'*amélioration*. Ce privilége, bien qu'il s'exerce exclusivement sur la chose conservée et ne s'étende pas à toute autre chose par laquelle celle-ci serait représentée, est indépendant cependant du fait de la possession et de toute idée de nantissement. Le créancier est privilégié uniquement parce que, en conservant la chose, il a fait l'affaire de tous. Il importe donc peu qu'il soit ou non demeuré nanti de la chose; le privilége subsiste pourvu que la chose soit demeurée la propriété du débiteur, sauf, bien entendu, le droit que pourraient avoir les autres créanciers de celui-ci d'opposer de son chef telle ou telle prescription par laquelle le privilége serait éteint avec la dette elle-même. Par exemple, Paul a fait des frais qui ont conservé un mobilier que Pierre lui avait remis à réparer; puis, après la réparation, il a rendu le mobilier à Pierre, sans être remboursé de ses frais et indemnisé de ses soins. Ces frais sont privilégiés, quoique le mobilier ne soit plus entre les mains de Paul, puisqu'ils ont conservé la chose. Mais si plus de six mois se sont écoulés depuis le jour où Paul s'est dessaisi, les autres créanciers de Pierre, agissant du chef de celui-ci, pourront opposer la prescription de l'art. 2271, et, par ce moyen, écarter Paul, qui les aurait primés sans cela.

X. — 144. *Prix d'effets mobiliers non payés.* — Le plus fréquent de tous les contrats et aussi le plus nécessaire au point de vue des relations sociales, la vente, méritait toute la protection de la loi. Il fallait encourager la vente en raison de l'utilité qu'elle présente dans le mouvement de la vie civile; et pour cela donner au vendeur qui consent à se dépouiller de sa chose les garanties les plus propres à l'assurer qu'il recevra l'équivalent ou le prix : aussi le législateur, après avoir dit que le vendeur, dans le cas d'une vente au comptant, n'est pas tenu de délivrer la chose si l'acheteur n'en paye pas le prix (art. 1612), et

(1) Rej., 9 déc. 1840.

(2) *Voy.* Rej., 12 brum. an 11; Bruxelles, 17 juin 1809; Grenoble, 14 janv. 1815; Rouen, 1er mars 1827; Paris, 31 mai 1827; Rouen, 17 déc. 1828 et 25 fév. 1829; Req., 17 mars 1829; Lyon, 27 mars 1833.

que dans tous les cas, soit qu'il ait vendu à terme, soit qu'il ait vendu au comptant, le vendeur peut demander la résolution de la vente, si l'acheteur ne remplit pas l'obligation où il est de payer (art. 1654), le législateur vient ici, dans notre article, consacrer, indépendamment de ces droits de rétention et de résolution, d'abord un privilége pour le prix d'effets mobiliers non payés, s'ils sont encore en la possession du débiteur, soit que celui-ci ait acheté ces effets à terme, soit qu'il les ait achetés au comptant; et ensuite, dans ce dernier cas de vente au comptant, un droit de revendication qui doit s'exercer dans des conditions déterminées. Nous allons nous occuper successivement de ces deux droits. Notre article, comme nous l'avons dit déjà (*voy.* n° 111), quoiqu'il n'ait pas eu en vue le classement des priviléges sur certains meubles, s'occupe bien en outre ici, par exception, du concours du prix d'effets mobiliers non payés avec la créance des loyers et fermages des immeubles, et il règle le conflit entre les deux priviléges. Mais nous laisserons ce point momentanément à l'écart, pour y revenir dans notre commentaire de l'art. 2096, où nous traiterons du classement des priviléges d'une manière générale; et, quant à présent, nous nous en tiendrons à ce qui se rattache au *Privilége* et au *Droit de revendication*.

145. Tout d'abord, il est important d'insister sur un point commun à ces deux garanties distinctes La loi ne les accorde qu'au vendeur *non payé*. Il est évident, en effet, que dès qu'il y a payement, il y a affaire consommée, situation apurée entre les deux parties contractantes par l'accomplissement qu'elles ont donné l'une et l'autre aux obligations respectives dont elles étaient tenues, en sorte que toutes les garanties qui jusqu'au payement avaient eu leur raison d'être deviennent nécessairement sans objet après le payement. Mais le point de savoir s'il y a ou non payement, qui, dans la généralité des cas, ne laissera pas de place au doute, peut, dans quelques situations particulières, donner lieu à des difficultés sérieuses. Par exemple, je vous vends ma bibliothèque moyennant 10,000 fr. que vous devez me compter en enlevant les livres de mon cabinet. Vous prenez ma bibliothèque et me comptez 10,000 fr.; tout est conclu entre nous; mon privilége et mon droit de revendication n'existent plus; à vrai dire, ils n'ont même pas pris naissance : cela n'est pas le moins du monde douteux. De même encore, si, comptant sur la promesse que vous m'avez faite de me payer demain, je vous laisse enlever la bibliothèque dont vous deviez me solder le prix à l'instant même, et si, empêché ensuite de tenir votre promesse, vous m'offrez, à la place des 10,000 fr. que vous me devez, des tableaux que j'accepte; ou bien encore si vous vous substituez, de mon consentement, Pierre qui vous doit 10,000 fr., et qui les versera entre mes mains au lieu de les verser dans les vôtres; ou bien enfin si vous vous obligez à servir à Joseph la rente viagère de 800 fr. que je lui dois, moyennant quoi je vous tiens quitte; dans ces trois hypothèses encore, la solution se présente sans équivoque possible : chacune des trois hypothèses reproduit un des cas de novation énumérés dans l'art. 1271 du Code Napoléon, et, par l'effet de cette novation, la première obligation

s'est éteinte avec les garanties qui lui étaient propres, par conséquent avec le privilége et le droit de revendication consacrés par notre article; une autre obligation s'est formée, et comme cette obligation ne procède plus du contrat de vente, le privilége et le droit de revendication accordés au vendeur ne sauraient y être rattachés. Mais si ne pouvant me payer actuellement, comme nous en étions convenus, les 10,000 fr. prix de la vente, vous me demandez, pour vous libérer, le délai d'un an, que je vous accorde, il n'y a pas de novation; l'obligation première subsiste nonobstant le délai que j'ai consenti à accorder, et elle subsiste avec les garanties qui la protégeaient, car ma créance procède toujours du contrat de vente, et je suis un vendeur d'effets mobiliers non payés. Allons plus loin, et supposons que, empêché de payer actuellement, vous m'ayez fait accepter des billets en payement; dans ce cas même, l'obligation primitive restera, avec ses garanties, à moins que, recevant les billets et donnant quittance du prix, j'aie formellement renoncé à ces garanties. Si je les avais réservées, au contraire, elles subsisteraient; c'est évident: mais il faut aller plus loin et dire que, dans le cas même où la quittance serait muette sur ce point, les garanties n'en resteraient pas moins attachées à la créance. C'est là, nous le savons, un point très-controversé, et l'on trouve dans la doctrine et dans la jurisprudence des auteurs et des arrêts qui se sont prononcés en sens contraire. Mais Marcadé, en les réfutant (voy. *Commentaire-Traité des Obligations*, n° 768), a démontré victorieusement qu'en un tel cas le vendeur doit être réputé n'avoir accepté les billets que comme mode de payement d'une dette qu'il voulait conserver aussi énergique que possible et n'avoir libéré l'acquéreur que sous la condition toute naturelle de l'encaissement des billets. En nous référant à l'argumentation décisive de Marcadé, nous ajoutons que, dans la pratique, où cette situation se produit assez fréquemment, il y aurait moyen d'obvier à la difficulté et de ne pas lui laisser même l'occasion de naître : ce serait de causer les billets de manière à ne laisser aucun doute possible sur la pensée du vendeur. En général, les billets reçus, à la place du prix, portent pour cause « valeur reçue comptant, » indication équivoque, ou « valeur reçue en espèces, » autre indication bien plus équivoque encore. Mettez à la place « valeur en prix de vente, » et le doute n'est plus possible, en ce que l'indication rattache les billets au contrat de vente et devient ainsi presque l'équivalent d'une réserve formelle qui serait faite dans la quittance (1).

Ceci dit, nous nous occuperons distinctement du privilége et du droit de revendication accordés au vendeur d'effets mobiliers non payés.

X *bis*. — 146. *Du Privilége*. — Quoi qu'en ait dit Grenier (2), il est certain que le droit romain ne conférait au vendeur de privilége d'aucune sorte. De deux choses l'une : ou le vendeur suivait la foi de l'ache-

(1) *Voy.* un arrêt de la Cour de Metz, du 26 janvier 1854 (*J. P.*, 1854, t. I, p. 190), qui statue dans une espèce où les billets donnés en payement portaient cette indication précise. — *Voy.* encore les autorités citées par Marcadé sur la question générale. *Adde* Metz, 27 août 1852; Paris, 2 avril 1853 (*J. P.*, 1853, t. II, p. 253 et 330).

(2) Grenier (t. II, n° 383).

teur en vendant à crédit et à terme, et alors le contrat était entièrement consommé, *statim res fit emptoris* (Inst. de Just., *de rer. div.*, § 41), en sorte que le vendeur n'avait plus qu'une action personnelle en payement du prix ; ou le vendeur avait vendu sans terme, et alors, bien qu'il eût livré la chose sans recevoir soit le prix, soit une garantie, il conservait la propriété et pouvait revendiquer la chose en cas de non-payement, en sorte qu'il n'avait besoin ni de privilége ni d'hypothèque (1). Le privilége du vendeur est donc de droit français, comme Pothier en fait la remarque (2). Il est consacré par la coutume de Paris, qui, après avoir établi, dans l'art. 176, le droit de « poursuivre la chose en quelque lieu qu'elle soit transportée, » au profit de celui qui a vendu « aucune chose mobiliaire sans jour et sans terme, espérant être payé promptement, » dit, dans l'art. 177 : « Et néanmoins, encore qu'il eût donné terme, si la chose se trouve saisie sur le débiteur par autre créancier, il peut empêcher la vente, et est préféré sur sa chose aux autres créanciers. » Le privilége est consacré dans les mêmes termes par l'art. 458 de la coutume d'Orléans, qui réunit en un seul contexte les deux dispositions des art. 176 et 177 de la coutume de Paris. Le privilége, du reste, paraît si favorable que la jurisprudence s'en empare et l'étend non-seulement aux pays dont la coutume est muette (3), mais encore à quelques-uns de ceux que régit le droit écrit et qui acceptent cette déviation au droit romain dont, sur les autres points, ils suivent les principes (4). La pensée dominante partout, pensée toute équitable, est d'empêcher que des effets mobiliers vendus et non payés servent à désintéresser les créanciers de l'acheteur, à enrichir ces créanciers des biens du vendeur et à son préjudice (5). Le Code Napoléon confirme cette jurisprudence si profondément équitable. En conséquence, il nous dit que « le prix d'effets mobiliers non payés, s'ils sont encore en la possession du débiteur, soit qu'il ait acheté à terme ou sans terme, » constituera une créance privilégiée. Maintenant, quels sont, d'après cette disposition, la cause du privilége, son objet, les conditions de son existence? Ce sont autant de points que nous avons à examiner.

147. Quant à la cause du privilége, elle est dans le contrat par lequel l'une des parties a transmis à l'autre des effets mobiliers moyennant un prix que celle-ci n'a pas payé. Un premier point est hors de doute : le privilége existe, soit que la transmission ait été faite à terme, soit qu'elle ait été faite sans terme. Notre article, suivant d'ailleurs en cela

---

(1) *Voy.* MM. Troplong (n° 181), Valette (n° 84).

(2) Pothier (*Comm. de la cout. d'Orléans*, art. 458, note 2).

(3) Arrêt du 12 avril 1588, rendu pour le ressort de la coutume de Montfort. *Voy.* Louet (lett. P, n° 19). Arrêt du 2 sept. 1608, rendu pour le ressort de la coutume de Ponthieu. *Voy.* Bouguier (lett. C, ch. 9). — *Voy.* encore Bacquet (*Tr. des droits de just.*, ch. 21, n° 408).

(4) Arrêt du Parlement de Toulouse du 22 sept. 1628. *Voy.* d'Olive (liv. 4, ch. 10). Arrêt du Parlement de Lyon du 27 nov. 1574, et acte de notoriété du Présidial de Lyon, du 4 fév. 1631. *Voy.* Brodeau sur Louet (*loc. cit.*).

(5) Ferrière (art. 177, n° 1 de sa *Comp. des Comment. de la Cout. de Paris*).

la coutume dont il adopte la disposition, s'en explique d'une manière encore plus précise; il n'y a donc pas d'équivoque possible.

Mais il n'en est plus de même sur le point de savoir quelles sont les choses dont le législateur a voulu protéger la transmission au moyen du privilége qu'il accorde. Ce privilége, d'après le texte, est rattaché à la vente d'*effets mobiliers*. Qu'est-ce à dire? Si la vente a eu pour objet des choses incorporelles, comme une créance, un fonds de commerce, un office, le vendeur sera-t-il ou non protégé par le privilége? Il semble que ceci ne devrait pas non plus être mis en question; car enfin si, porteur d'une créance, propriétaire d'un fonds de commerce, ou titulaire d'un office, j'ai fait passer dans votre patrimoine, soit la créance, soit le fonds de commerce, soit l'office, en quoi serai-je moins digne de l'intérêt et de la protection de la loi que si je vous avais vendu le mobilier de mon salon ou ma galerie de tableaux? Et si vous ne me payez pas le prix que nous avons stipulé pour la cession de ma créance, de mon fonds de commerce, ou de mon office, en quoi la loi serait-elle moins injuste et moins odieuse en permettant à vos créanciers de s'enrichir à mon préjudice de ce prix qui est bien ma chose ou qui en est la représentation, qu'elle ne l'aurait été en leur livrant, pour se le partager à mon détriment, le prix du mobilier de salon ou de la galerie de tableaux que je vous aurais vendu? Cependant ces idées si simples, si profondément équitables, ont été obscurcies par la discussion. Il s'est trouvé des auteurs et des arrêts qui, s'arrêtant servilement à la lettre, l'ont voulu prendre comme démontrant l'intention où aurait été le législateur de n'attacher le privilége qu'au prix des choses corporelles et des biens meubles par leur nature (1). Mais cette doctrine a peu de partisans; la jurisprudence la plus constante la condamne aujourd'hui; et toute la dialectique qui a été mise récemment au service de cette cause par un jeune écrivain, dont l'intelligence et la sagacité sont habituellement mieux inspirées (2), ne saurait faire que la cause ne soit définitivement perdue. La jurisprudence et les auteurs décident tout d'une voix maintenant que le privilége établi par notre article en faveur du créancier sur le prix des effets mobiliers non payés s'applique non-seulement aux meubles corporels, mais encore aux meubles incorporels, tels que créances, droits successifs, achalandages et fonds de commerce (3). Et cette jurisprudence ne peut que se maintenir, parce qu'en définitive elle est juste, et même, quoi qu'on en dise, fondée en droit: juste, puisque, encore une fois, le vendeur de meubles incorporels n'est pas moins digne d'intérêt et de protection que le vendeur de choses corporelles;

(1) *Voy.* Paris, 18 mai 1825 et 26 nov. 1833. — *Voy.* aussi M. Persil (art. 2102, § 4, n° 4).

(2) M. Mourlon (n° 123).

(3) *Voy.* Cass., 28 nov. 1827; Req., 2 janv. 1838; Paris, 8 fév. 1834 et 1er déc. 1834; Bourges, 26 janv. 1844; Montpellier, 21 déc. 1844; Toulouse, 14 déc. 1850 (Dev., 51, 2, 102), et 12 juill. 1851 (Dev., 51, 2, 559). — *Voy.* aussi Delvincourt (t. III, p. 275, notes), et MM. Dalloz (*loc. cit.*, n° 10), Duranton (t. XIX, n° 126), Zachariæ (t. II, p. 112, n° 121), Taulier (t. VII, p. 151), Troplong (n° 187), Valette (n° 86, p. 109).

fondée en droit, parce que l'art. 535 du Code Napoléon, qui place les meubles incorporels dans la catégorie des effets mobiliers, leur rend par cela même applicable le texte de notre article.

148. Il est toutefois une classe de biens incorporels à l'occasion desquels la question peut se compliquer : nous voulons parler des offices. Ce n'est pas qu'en principe le privilége ne doive pas protéger aussi la créance qui a pour objet un prix d'office non payé; vainement quelques décisions judiciaires ont-elles placé cette sorte de biens dans une position exceptionnelle sous ce rapport (1); la jurisprudence la plus constante aujourd'hui les maintient dans les termes du droit commun, et reconnaît que la créance du vendeur d'un office est privilégiée tout aussi bien et au même titre que celle du vendeur d'effets mobiliers quelconques (2), pourvu, d'ailleurs, que la créance résulte d'un acte écrit antérieur à la cession et en établissant régulièrement les conditions (3).

Mais supposons que, par une coupable transgression, un officier ministériel se mêle au mouvement des affaires commerciales, agisse en négociant, et, en fin de compte, soit mis en état de faillite; supposons encore que, manquant gravement aux devoirs de sa charge, il appelle sur lui la peine de la destitution : le privilége, dont l'existence est reconnue maintenant et posée en principe, subsistera-t-il encore dans ces deux cas? Ces deux questions, que la pratique soulève dans cette grave matière, ne sont pas, il s'en faut, également sérieuses.

Quant à la première, elle se résout sans difficulté, d'elle-même en quelque sorte, et en vertu des règles mêmes que nous avons indiquées. La créance du vendeur d'un office, avons-nous dit, est privilégiée au même titre que celle du vendeur d'effets mobiliers quelconques; c'est qu'en effet ce privilége n'a et ne peut avoir son fondement et son principe que dans le § 4 de notre art. 2102. Or l'art. 550 du Code de commerce, tel qu'il est passé dans la loi de 1838, modificative du titre des faillites, dispose de la manière la plus générale que « le privilége et le droit de revendication, *établis par le numéro 4 de l'art. 2102 du Code Napoléon*, au profit du vendeur d'effets mobiliers, ne seront point admis en cas de faillite. » Comment donc et à quel titre, ce cas de faillite échéant, le privilége du vendeur d'un office serait-il admis plutôt que le privilége du vendeur de tout autre effet mobilier? Et quand ce privilége prend sa source dans le n° 4 de notre article, comment survivrait-il à une faillite dont l'effet, d'après l'art. 550 du Code de commerce, est de rendre désormais inadmissible le privilége établi par ce même numéro? Aussi, sauf quelques opinions dissidentes, on s'accorde à reconnaître que le privilége attaché au prix d'un office ne survit pas à la faillite du cessionnaire avec lequel le titulaire a traité (4).

(1) *Voy.* notamment Rouen, 16 avril 1830 et 29 déc. 1847 (Dev., 48, 2, 68 et 74).

(2) *Voy.* Req., 10 fév. 1831 et 14 déc. 1847; Orléans, 12 mai 1829 et 31 janv. 1840; Lyon, 9 fév. 1830; Paris, 12 mai 1835, 8 juin 1836, 28 janv. et 24 mai 1854 (Dev., 54, 2, 305); Colmar, 12 mars 1838; Caen, 24 juin 1839; Bourges, 1er mars 1844.

(3) Cass., 23 janv. 1843.

(4) *Voy.* Paris, 16 janv. 1842; Lyon, 9 déc. 1850; Cass., 23 août 1853 (Dev., 53,

Mais la seconde question est gravement controversée. La Cour de cassation, appelée pour la première fois à la résoudre, en 1847, dans la célèbre affaire Lehon, se prononça, dès cette époque, pour l'extinction du privilége par l'effet de la destitution, et depuis elle a persisté dans cette doctrine avec une inébranlable fermeté (1). Au contraire, les Cours impériales ont été divergentes, et quelques-unes même, après avoir maintenu le privilége nonobstant la destitution, se sont déjugées, pour en venir à la doctrine de la Cour suprême (2). C'est aussi cette doctrine que nous avons cru devoir adopter. Nous avons pensé, et après un nouvel examen nous pensons encore : d'une part, que le droit de présentation (seule chose qui puisse faire l'objet d'une convention privée entre le titulaire et son successeur) étant éteint par l'effet de la destitution, il est vrai de dire que la chose a péri, et par suite que notre article, qui (nous le verrons bientôt) subordonne le privilége au fait de la possession, est désormais sans application possible; d'une autre part, que l'indemnité, dont le gouvernement impose habituellement la charge au titulaire qu'il nomme à la place du titulaire destitué, est un bienfait de l'Etat, qui n'implique en aucune façon l'idée d'un prix de vente, et que dès lors cette indemnité entre dans la masse commune, qu'elle y entre sans charge aucune, sans destination spéciale, et devient, comme tous les biens du débiteur, le gage commun de l'universalité des créanciers (3). Mais c'est là un droit rigoureux, un droit contre lequel l'équité proteste, et qui par cela même devait rencontrer de très-graves contradictions (4). Voici, en effet, une hypothèse dans laquelle la responsabilité de la faute va peser sur le vendeur, qui n'y a eu cependant aucune part, qui n'a pu la prévoir quand il a traité de son office, et qui plus tard n'a eu aucun moyen de l'empêcher; voici une hypothèse dans laquelle le créancier, en définitive, est dépouillé de sa chose et va voir les autres créanciers de son débiteur s'enrichir à ses dépens d'une indemnité à laquelle la perte de sa propre chose a donné lieu. C'est par ces raisons, assurément, que la Cour d'Angers, dans ses observations sur le projet de réforme hypothécaire, préparé par le gouvernement en 1840, proposait

---

1, 606); Bourges, 14 août 1855 (Dev, 55, 2, 613). — *Voy.* aussi Pardessus (nº 1204) et MM. Renouard (t. II, p. 262), Bédarride (t. II, nº 950). — *Voy.* cependant l'arrêt de Nîmes du 13 mars 1851, cassé par l'arrêt ci-dessus cité, du 23 août 1853, et M. Esnault (t. III, nº 656).

(1) *Voy.* Cass., 7 juill. 1847, 13 fév., 26 mars et 23 avril 1849, 23 mars et 10 août 1853 (Dev. 53, 1, 110 et 273).

(2) *Voy.* notamment Paris et Orléans, qui, après avoir jugé en faveur du vendeur, la première les 11 déc. 1834, 3 juin 1845 et 9 janv. 1851, et la seconde le 31 janv. 1840, se sont ralliées à la doctrine contraire par arrêts des 3 fév., 9 mars et 2 juill. 1852. — *Adde* dans le sens du privilége : Lyon, 1er mars 1838; Bordeaux, 2 déc. 1842, et Rennes, 28 juill. 1851; et, dans le sens contraire, Rouen, 27 déc. 1847, et Nîmes, 17 fév. 1852.

(3) *Voy.* nos dissertations dans la *Revue crit.* (t. I, p. 385 et suiv.; t. II, p. 406 et 407).

(4) *Voy.* notamment les dissertations remarquables de MM. Duvergier (*Droit* des 31 mars et 2 avril 1853), Genreau (*Rev. crit.*, t. III, p. 724), Charles Ballot (*Rev. de droit franç. et étr.*, t. V, p. 121), et Mourlon (nº 125).

de dire, dans l'art. 2102, que la créance du titulaire d'un office serait privilégiée « sur l'indemnité que les officiers ministériels peuvent avoir à toucher des successeurs par ceux présentés et agréés par le roi, ou que le gouvernement peut juger équitable d'imposer à ces successeurs quand ils sont nommés d'office (1) ; » par ces motifs encore que, dans les discussions plus récentes dont la réforme hypothécaire a été l'objet, on avait modifié le projet primitif, conforme à l'état actuel des choses, en y introduisant un amendement qui consacrait le privilége, non-seulement en cas de cession volontaire, mais encore en cas de destitution (2). Mais ces projets n'ont pas abouti ; et en présence de la loi actuelle, il y a visiblement conflit entre le droit et l'équité : aussi serait-il à désirer que l'Etat y mît un terme, et il en a le moyen ; il agit par la voie gracieuse quand il détermine l'indemnité qu'il met à la charge du titulaire investi à la place du titulaire destitué ; il peut donc, au lieu d'indiquer d'une manière générale que l'indemnité est fixée *en faveur de qui de droit*, faire lui-même une attribution spéciale à celui dont le droit est assurément le plus sacré. M. Coin Delisle a exprimé ce vœu dans les observations judicieuses, et on ne peut mieux senties, que lui a suggéré l'un des arrêts nombreux rendus dans la matière (3) ; et nous dirons volontiers, avec le savant jurisconsulte : « C'est par un scrupule religieux pour l'administration de la justice que la haute administration de l'Etat emploie ces mots : *à qui de droit*. Mais puisque l'intention du souverain est de conserver les droits acquis, et que de ces droits acquis le plus précieux se trouve atteint par une interprétation juridique, conforme aux règles du droit peut-être, mais certainement contraire à l'équité, pourquoi le décret qui prescrit une indemnité gracieuse n'exprimerait-il pas une volonté de conservation du droit du premier propriétaire? Il suffirait d'y insérer cette clause : *à qui de droit aurait été, si le destitué eût été admis à faire la présentation de son successeur*. — Ainsi l'équité remplacerait un droit rigoureux ; ainsi l'officier innocent ne serait pas ruiné par la faute de son successeur coupable. »

Dans tous les cas, il y aura toujours à tirer de la rigueur même du droit cette induction que l'application en doit être renfermée dans ses plus étroites limites. Ainsi le privilége s'efface par l'effet de la destitution ; il faut s'en tenir là et ne pas étendre la règle au cas de démission pure et simple, même forcée, de la part du successeur du vendeur créancier de son prix. Cela a été reconnu par la Cour de cassation dans une espèce où, en exigeant la démission du titulaire, le gouvernement avait conservé au démissionnaire la valeur de sa charge, à arbitrer par le Tribunal investi en même temps du droit de présenter des candidats (4). Mais, sans s'arrêter aux circonstances particulières qui, dans l'espèce, ont pu avoir leur part d'influence sur la décision, il faut aller plus loin et dire, en thèse générale, qu'il n'en est pas de la démission,

(1) *Voy.* les documents publiés en 1844 par le ministre de la justice (t. III, p. 47).
(2) *Voy.* le *Moniteur* du 12 déc. 1850.
(3) Voy. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. III, p. 460 et 461.
(4) Rej., 30 août 1854 (Dev., 54, 1, 519).

même forcée, comme de la destitution, et que si le privilége s'éteint par l'effet de la destitution, il doit survivre, au contraire, à la démission même forcée. En effet, qu'il soit contraint à se démettre ou qu'il se démette volontairement, l'officier reste avec toutes ses prérogatives jusqu'à son remplacement; il agit ou postule jusque-là; il conserve son droit de présentation, puisque l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816 ne le déclare déchu de ce droit que dans le cas de destitution : aussi des divers arrêts qui, à notre connaissance, ont statué sur la question, aucun n'a admis que le créancier du démissionnaire puisse être privé du privilége qu'une jurisprudence constante et désormais fixée considère comme inhérent à sa créance (1).

Nous n'avons pas à insister davantage sur la cause du privilége établi par notre article, et nous passons à l'objet qui, d'après la loi, doit être regardé comme grevé.

149. Le privilége affecte la chose même qui a été vendue et dont le prix n'a pas été payé ; seulement, comme il ne constitue en définitive qu'un droit de préférence sur le prix de la chose, il est vrai de dire qu'en réalité il s'exerce sur le prix. Par exemple, Pierre a vendu à Paul une collection de tableaux : ces tableaux sont la chose même affectée au privilége de Pierre. Mais Jacques, autre créancier de Paul, fait saisir ces tableaux, qui ensuite sont vendus aux enchères; il est bien évident que Pierre viendra, en vertu de son privilége de vendeur, exercer son droit de préférence sur le prix qui ainsi, et par la force même des choses, sera affecté au payement de la créance : ceci ne peut souffrir aucune difficulté.

Ajoutons que, quant à nous, il n'y aurait pas difficulté non plus si, au lieu de la saisie et de la vente que nous venons de supposer, nous étions en présence d'une revente faite à l'amiable. Ainsi Paul, dans l'hypothèse qui précède, a-t-il revendu à Jacques les tableaux de Pierre, nous estimons que celui-ci aura le droit, non-seulement de frapper d'opposition le prix dû par Jacques, mais encore de se faire colloquer par préférence sur ce prix en vertu de son privilége de vendeur non payé. Nous trouvons cependant sur ce point des autorités fort graves en sens contraire. M. Valette, notamment, enseigne que le privilége du vendeur ne se transporte pas de la chose sur le prix qui pourrait en être dû; qu'ainsi, lorsque l'acheteur d'un meuble l'a revendu et livré, la créance du prix de la revente n'est pas affectée par préférence au payement du premier vendeur, et que si le privilége se résout en un droit de préférence sur le prix, la condition de cette préférence est que le prix soit déterminé, non pas à l'amiable et d'une manière arbitraire, mais aux enchères publiques, soit à la requête des créanciers, soit par les soins d'un administrateur, héritier bénéficiaire ou curateur à succession vacante, lequel représente la masse des créanciers (2). Il y a bien des raisons, à notre avis, pour que cette théorie ne soit pas suivie. D'abord, si toutes les

(1) *Voy.* Nîmes, 13 mars 1851; Besançon, 4 janv. 1853 (Dev., 53, 2, 509); Bourges, 21 mars 1854 (Dev., 54, 2, 347).

(2) *Voy.* M. Valette (n° 86). C'est aussi l'avis de M. Persil (art. 2102, § 4, n° 1).

choses mobilières peuvent donner lieu, comme nous l'avons vu plus haut, au privilége de vendeur, toutes ne sont pas également susceptibles d'être vendues aux enchères : il en est ainsi, par exemple, des offices. Le titulaire qui s'est démis de son office et n'a pas reçu le prix de sa démission est créancier privilégié de ce prix, cela n'est plus contestable aujourd'hui. (Voy. *suprà*, p. 108.) Or l'office étant insaisissable à raison de son caractère public, et ne pouvant dès lors être l'objet d'une vente aux enchères, il faut bien, à peine de nier le privilége, reconnaître que, dans cette hypothèse du moins, le privilége pourra s'exercer sur le prix de la revente faite à l'amiable. A la vérité, la Cour de Nancy, adoptant le système de M. Valette, a décidé le contraire même dans cette hypothèse, et, tout en proclamant l'existence du privilége en principe, elle a cru pouvoir juger que si le successeur a revendu l'office, le prix de la revente n'est pas affecté par préférence à la créance du premier vendeur (1). Mais qui ne voit l'inconséquence? Et n'est-il pas clair, comme nous l'avons établi ailleurs, que c'est là, ni plus ni moins, la négation complète du privilége dont l'arrêt reconnaît cependant l'existence? Ce privilége ne peut pas s'exercer sur la chose elle-même, c'est évident; l'action n'en peut donc porter que sur le prix de la revente. Dès lors, dire au créancier qu'il a son privilége tant que le débiteur demeure nanti, et qu'il cesse de l'avoir quand le débiteur aliène, c'est lui donner un droit véritablement illusoire, en ce que ce droit, qui subsiste tant qu'il n'y a pas possibilité de l'exercer, s'évanouit à l'instant même où il pourrait être mis en exercice (2). Voici donc une hypothèse dans laquelle la doctrine de M. Valette ne peut pas être acceptée. Et maintenant, serait-elle plus acceptable dans toute autre hypothèse? Non évidemment : car après tout cette doctrine ajoute à la loi une condition que l'on n'y voit pas écrite. Où donc est-il dit que le vendeur d'effets mobiliers non payés ne pourra exercer le droit de préférence résultant de son privilége qu'autant que le prix sur lequel il voudrait se faire colloquer proviendrait d'une vente aux enchères? Cela n'est écrit nulle part. La loi nous dit bien que le prix d'effets mobiliers non payés est privilégié si les effets *sont encore en la possession du débiteur*. Mais il y faut prendre garde! La loi, par cette condition (sur laquelle nous nous expliquons plus loin), protége le tiers acquéreur en vue de la sécurité qu'il faut donner au commerce des meubles; c'est là son objet unique; et supposer qu'elle peut, en ce point, être invoquée par les créanciers pour régler le conflit qui s'élèverait entre eux, ce serait en méconnaître singulièrement le sens et la portée. Par exemple, Pierre a vendu à Paul un mobilier que Paul n'a pas payé et qu'il a revendu bientôt et livré à Jacques. Celui-ci est définitivement propriétaire et (sauf le droit de revendication dans le cas où il y aura lieu de l'exercer suivant les règles que nous exposerons bientôt), Pierre ne pourra pas, en vertu de son privilége,

(1) Nancy, 2 mars 1850 (Dev., 50, 2, 285; Dall., 50, 2, 122; *J. P.*, 1850, t. I, p. 241).

(2) *Voy.* notre dissertation dans la *Rev. crit. de législ.* (t. I, p. 16). Depuis, M. Mourlon a accepté notre argument et l'a reproduit dans les mêmes termes (p. 319, note 2).

suivre le mobilier et saisir entre les mains de Jacques, car la propriété de ce mobilier lui a été légitimement transmise par Paul, et les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, ni par conséquent par privilége. Mais est-ce bien de cela qu'il s'agit dans notre hypothèse? et Pierre vient-il saisir entre les mains de Jacques le mobilier revendu par Paul? En aucune manière. Pierre vient ici avec son droit de préférence, avec un droit par conséquent qui n'intéresse en rien le tiers acquéreur. Il dit à celui-ci : « La loi protége entre vos mains la propriété du mobilier que vous avez acheté, je n'y contredis pas; mais la loi ne saurait vous dispenser de payer votre prix; payez-le donc. » Et aux autres créanciers de Paul il dit : « Ce prix dont Jacques est débiteur, c'est le prix de ma chose; c'est moi qui l'avais mise dans le patrimoine de Paul; il n'est pas possible qu'elle vous enrichisse à mon détriment. » En quoi ce langage pourrait-il être contesté? Jacques n'a pas à y redire, car, en tout état de cause, il faut bien qu'il paye, et quelle que soit la caisse dans laquelle tombent ses fonds, pourvu qu'il soit libéré, il n'a pas d'intérêt dans le débat. Quant aux créanciers de Paul, ils n'ont pas à y redire davantage. Et en effet, qu'opposeraient-ils à Pierre? Que le mobilier par lui vendu à Paul n'est plus en la possession de celui-ci, qu'il est en la possession légitime de Jacques? Mais ils exciperaient en cela du droit de Jacques et non de leur propre droit; et leur prétention devrait être écartée d'autant plus qu'elle ne pourrait être admise sans qu'il en résultât la négation à peu près absolue du privilége du vendeur, puisque, si elle était fondée à l'encontre du créancier venant réclamer son droit de préférence sur le prix d'une revente à l'amiable, elle ne le serait pas moins à l'encontre du créancier réclamant ce même droit sur le prix produit par une vente après saisie, la vente sur saisie n'opérant pas moins que la revente à l'amiable dépossession du débiteur. Concluons donc que si les choses sont entières, c'est-à-dire si le prix de la revente est dû, s'il est libre et complétement dégagé de toute affectation spéciale, de toute délégation régulière, ce prix, à l'égard du vendeur primitif, tient évidemment lieu de la chose et doit, comme elle, rester affecté au privilége. Telle fut la pensée émise par la Cour de Rouen dans les observations qu'elle présenta sur les projets de réforme hypothécaire préparés en 1840; en conséquence, la Cour proposait d'ajouter, après ces expressions de notre article : « si les effets mobiliers sont encore en la possession du débiteur, » celles-ci : *ou si le prix de la revente qui en aurait été faite est encore dû et qu'il s'agisse de le distribuer* (1). Mais si cette précision n'est pas dans la loi, la force même des choses veut qu'elle y soit suppléée.

150. Ces mêmes considérations sont décisives pour résoudre une question qui, dans le dernier état de la jurisprudence, a reçu une solution très-inexacte à notre avis : c'est la question de savoir si, dans le cas de plusieurs ventes successives et dont aucun des acquéreurs n'a payé le prix, le premier vendeur serait admis à exercer son droit de préférence

(1) Voy. *Documents sur la réforme hypothécaire* (t. III, p. 63).

sur le prix de la dernière revente. La Cour de Paris s'était d'abord prononcée pour l'affirmative; elle avait décidé, par un arrêt d'espèce il est vrai, mais cependant en insérant dans sa décision quelques motifs assez généraux, que le vendeur d'un office a privilége même sur le prix des reventes successives de cet office, lorsque ces reventes ont eu lieu sans son consentement, malgré une clause prohibitive de la vente originaire, si, d'ailleurs, il a fait tout ce qu'il était en son pouvoir pour la conservation de son privilége (1). Depuis, et par trois arrêts successifs, la même Cour a décidé, en thèse générale et en sens inverse, que si le privilége du vendeur non payé d'un office peut s'exercer sur le prix de la revente consentie par son successeur immédiat, il ne peut s'étendre au prix des reventes qui ont lieu ultérieurement (2). Il est bien clair et bien évident maintenant que cette dernière solution est inconséquente et inexacte : inconséquente, en ce que la Cour, prenant pour base de sa décision l'idée que le privilége est éteint par la dépossession du débiteur, n'avait pas à distinguer, ainsi qu'elle l'a fait, entre le prix d'une première revente et le prix de reventes ultérieures, puisque la première revente est celle précisément qui dessaisit le débiteur et opère une dépossession à laquelle les reventes ultérieures ne sauraient rien ajouter; inexacte, parce que la Cour confond ici le droit de suite, qui est hors de cause, avec le droit de préférence, qui est seul en question. Que le dernier acquéreur ne puisse pas être dépossédé, encore une fois cela est incontestable, car les meubles n'ont pas de suite par hypothèque ni par privilége. Mais reste le prix que ce dernier acquéreur doit payer; et conséquemment reste la chose même qui sert d'aliment au droit de préférence. Or ce droit appartient incontestablement au vendeur primitif : c'est à lui à l'exercer. Qui donc prendrait le pas sur lui? Le vendeur intermédiaire? Non, car son droit, à lui premier vendeur, est antérieur et opposable à chacun des acquéreurs subséquents, conformément au texte formel de l'art. 2103, n° 1, dont la disposition, quoique écrite en vue des ventes d'immeubles, doit être appliquée ici, l'analogie étant parfaite. Seraient-ce les créanciers des acquéreurs? Pas davantage, car le prix est la représentation de la chose que le vendeur primitif a mise dans le patrimoine du débiteur, et dont par conséquent nul ne peut équitablement s'enrichir à son préjudice.

Venons maintenant aux conditions auxquelles est subordonné le privilége du vendeur.

151. A cet égard, notre article dit nettement ce qui s'induisait seulement de la disposition de nos anciennes coutumes. « ... Si la chose, porte l'art. 177 de la Coutume de Paris, se trouve *saisie sur le débiteur* par autre créancier, le vendeur peut empêcher la vente, et est préféré sur sa chose aux autres créanciers. » *Saisie sur le débiteur!* La coutume

(1) Paris, 23 mai 1838 (Dev., 38, 2, 264). — *Voy.* conf. Caen, 24 juin 1839 (Dall., 40, 2, 86); Trib. de la Seine, 30 juill. 1825; Trib. de Cosne, 27 avril 1847. — *Voy.* aussi MM. Mollot (*Bourses de comm.*, n° 570), et Mourlon (n° 121).

(2) *Voy.* 28 janv., 25 fév. et 24 mai 1854 (Dev., 54, 2, 305; Dall., 54, 2, 295). — Conf. Orléans, 3 juill. 1847 (Dall., 47, 2, 181).

supposait donc, comme l'exprimaient d'ailleurs les commentateurs, que « la chose vendue devait être en la possession de l'acheteur, et non ès mains d'un tiers acquéreur, pour que le vendeur pût exercer dessus son privilége (1). » Ceci est formulé maintenant par notre article, qui déclare privilégié « le prix d'effets mobiliers non payés, *s'ils sont encore en la possession du débiteur...* » Après les explications qui précèdent, nous savons comment cette règle doit être entendue. Elle est la sauvegarde des tiers acquéreurs, vis-à-vis desquels elle confirme le principe qu'*en fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279 du Code Napoléon); mais elle n'altère en aucune manière les droits du vendeur vis-à-vis des autres créanciers de l'acquéreur, et notamment elle ne touche pas au droit de préférence qu'elle laisse subsister en tant qu'il y a encore un prix à payer sur lequel ce droit peut être exercé. Ce dernier point de vue a fait l'objet des observations qui précèdent; nous n'avons pas à y revenir ici : arrêtons-nous donc au premier.

Le tiers acquéreur auquel la chose est livrée la reçoit affranchie, et, quant à lui, le privilége du vendeur primitif est définitivement éteint, du moins en thèse générale. Mais il faut que la chose lui soit livrée; il ne suffirait pas qu'il l'eût achetée, car il s'agit ici de meubles; et c'est la prise de possession réelle qui consacre le droit de l'acquéreur et le rend définitif. Jusque-là il n'a pas la possession que l'art. 2279 déclare équivalente au titre, et son droit, quel qu'il soit, ne prévaut pas sur les droits acquis à des tiers; d'où nous concluons, avec tous les auteurs, que la revente ne porte pas atteinte au privilége du vendeur, tant qu'elle n'est pas suivie de livraison (2), ou bien, si elle a été consommée par la livraison, quand elle est annulée ou résolue (3).

En outre, la livraison fût-elle faite, il ne s'ensuivrait pas que, dans tous les cas, le privilége du vendeur primitif fût éteint vis-à-vis du tiers acquéreur lui-même. L'extinction du privilége par l'effet de la livraison, disions-nous tout à l'heure, a lieu *en thèse générale;* cela comporte donc des exceptions. C'est évident, puisque la règle qui nous occupe est une confirmation ou une application du principe suivant lequel, en fait de meubles la possession vaut titre, et n'est que cela. Or ce principe reçoit une exception dans le cas de perte ou de vol. (Art. 2279.) Donc, le vendeur primitif pourra exciper de son privilége même à l'encontre du tiers acquéreur, si celui-ci tient la chose, non pas de l'acheteur primitif, mais d'une autre personne qui aurait trouvé cette chose ou qui l'aurait volée. A plus forte raison en pourra-

(1) Ferrière (sur l'art. 177 *De la Coutume*, n° 4).

(2) *Voy.* Grenier (t. II, n° 316), Delvincourt (t. III, p. 275, notes), MM. Persil (art. 2102, § 4, n° 2), Dalloz (*loc. cit.*, n° 8), Zachariæ (t. II, p. 113, note 2), Troplong (n° 184), Valette (n° 85), Mourlon (n° 115). — Marcadé a enseigné cependant que la translation de la propriété par le seul effet de la convention et sans aucun besoin de tradition s'applique, même à l'égard des tiers, aux meubles aussi bien qu'aux immeubles. (*Voy.* le *Comment.* de l'art. 1141.) — *Voy.* aussi M. Taulier (t. VII, p. 151 et 152).

(3) Rouen, 7 août 1841. — *Voy.* encore Montpellier, 26 juin 1848 (Dalloz, 48, 2, 173); Req., 14 juin 1830

t-il exciper si le tiers acquéreur, quoique investi par l'acheteur primitif lui-même, a acquis de mauvaise foi. Car l'art. 1141, qui est aussi une application du principe qu'en fait de meubles la possession vaut titre, dit expressément que, dans le conflit de deux personnes auxquelles a été successivement promise la livraison d'un objet purement mobilier, celle-là est préférée et demeure propriétaire qui a été la première mise en possession réelle, encore que son titre soit postérieur en date, *pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi* (1).

Ces solutions diverses sont généralement admises, et en effet elles ne présentent pas de difficulté sérieuse.

Mais il y a telles autres situations qui prêtent plus à la controverse. Ainsi l'acheteur ou le débiteur peut s'être dessaisi de la chose sans pourtant l'avoir vendue; par exemple, il peut l'avoir prêtée, l'avoir confiée à un mandataire ou à un dépositaire, l'avoir donnée en gage; ou bien encore la chose peut avoir subi entre ses mains de telles transformations qu'elle soit à peine reconnaissable : le privilége du vendeur subsistera-t-il encore dans ces cas?

152. Sur le premier point, il est clair que si le détenteur actuel en est détenteur précaire, comme serait le procureur ou mandataire, l'emprunteur, le dépositaire, la possession ne cesse pas de résider sur la tête de celui qui a donné le mandat, qui a fait le prêt ou le dépôt, en sorte que le vendeur est dans les conditions de la loi constitutive de son privilége, puisque, en droit, la chose se trouve encore en la possession de son débiteur. En doit-il être autrement dans le cas où le débiteur a donné en gage la chose dont il doit encore le prix? M. Troplong, en se fondant sur l'autorité de Ferrière et de Brodeau, se prononce pour l'affirmative, parce que, dit-il, le gagiste, à la différence du procureur, possède pour lui-même, et, dans tout ce qui n'est pas relatif à la prescription, possède réellement et utilement. M. Troplong en conclut que le débiteur qui s'est dessaisi de la chose en la donnant en gage ne conserve plus sur cette chose une possession suffisante, en sorte que le vendeur auquel son prix est encore dû n'a plus qu'une créance ordinaire (2). Nous sommes, sur ce point, d'un avis différent. Notons d'abord que ni Ferrière, ni Brodeau, dont l'éminent magistrat invoque le témoignage, ne prêtent leur appui à sa doctrine. La question que ces auteurs se proposent est relative uniquement au conflit qui peut s'élever entre le vendeur d'effets mobiliers non payés et le créancier auquel ces mêmes effets ont été donnés en gage. Ainsi, Ferrière se pose la question en ces termes : « Si le vendeur *est préféré* au créancier de l'acheteur à qui la chose vendue a été baillée en gage? » Et si, contre le sentiment de Bacquet (3), il la résout en faveur du créancier gagiste, ce n'est même pas d'une manière absolue, car il distingue entre la vente à terme et la vente sans jour ni terme, et n'accorde la préfé-

(1) Req., 26 juill. 1852 (Dalloz, 52, 1, 297).

(2) Voy. M. Troplong (t. II, n° 185). — Voy. encore M. Taulier (t. VII, p. 152 et 153).

(3) Voy. Bacquet (*Tr. des dr. de just.*, ch. 21, n° 284).

rence au créancier gagiste que dans le premier cas, parce que, dit-il, dans le second, celui d'une vente sans jour ni terme, la propriété réside toujours en la personne du vendeur, en sorte que le gage n'a pas été valablement constitué au profit du créancier (1). Quant à Brodeau, c'est au même point de vue qu'il examine la question, ce qui se démontre par l'arrêt même qu'il rapporte, lequel arrêt, en date du 10 mars 1587, jugeait qu'un nommé Florant Dargouges, tapissier, ayant vendu à crédit et à terme une tenture de tapisserie à un particulier nommé du Luc, qui l'avait incontinent mise en gage entre les mains du nommé Lussay, pour trois cents écus, n'était pas recevable *à demander la préférence*, ni à revendiquer la tapisserie, sinon en payant au créancier saisi du gage cette somme (2). Et sur ce point, il faut reconnaître, avec les anciens auteurs, que le créancier gagiste doit être préféré au vendeur non payé, sauf toutefois la réserve qu'on y mettait déjà sous l'ancienne jurisprudence, à savoir, comme le dit Ferrière, « que le gage ait été fait sans fraude. » Mais ceci admis, reste la question de savoir si le privilége du vendeur est éteint par cela seul que le débiteur a mis en gage la chose par lui acquise, éteint de telle façon que, le créancier gagiste désintéressé, le vendeur ne puisse pas exclure les autres créanciers de l'acheteur et exercer son droit de préférence sur ce qui pourrait rester du prix produit par la chose qu'il avait vendue. Or cette question est tout autre, et la solution que M. Troplong en a donnée n'a pour elle ni l'autorité des anciens auteurs, ni surtout celle des principes. Il est bien évident en effet que donner une chose en gage, ce n'est pas abdiquer la possession de cette chose : comme le reconnaît M. Troplong lui-même, le débiteur qui a donné la chose en gage ne continue pas moins de la posséder au point de vue de la prescription et de la propriété; il continue de la posséder également au point de vue des fruits qu'elle serait susceptible de produire; il a donc les attributs utiles de la possession : au contraire, le créancier gagiste ne détient la chose que pour la conservation de son droit de gage (art. 2079); il est donc détenteur précaire au même titre qu'un mandataire, un emprunteur, un locataire. C'en est assez pour qu'on doive dire que la possession est réellement aux mains du débiteur dans le sens de notre article; assez, par conséquent, pour qu'on doive tenir pour réalisée et accomplie la condition de possession à laquelle est subordonné le privilége du vendeur (3).

153. Sur le second point, notre article ne dit pas du privilége, comme il le dit du droit de revendication dont nous allons parler tout à l'heure, qu'il a lieu lorsque les choses vendues se retrouvent *dans le même état* en la possession du débiteur. Donc, les transformations plus ou moins importantes que la chose peut avoir subies ne feront pas obstacle, en thèse générale, à ce que le vendeur exerce son droit de préférence jusqu'à concurrence du prix qui avait été convenu avec l'acheteur et dont celui-ci n'a pas effectué le payement. Pourtant, si les transformations

---

(1) Ferrière (*Comp. des Comment. de la Cout.*, sur l'art. 177, n° 6).
(2) *Voy.* Brodeau (sur l'art. 181 *De la Cout.*, n° 7).
(3) *Voy.* MM. Zachariæ (t. II, p. 113, note 22), Valette (n° 85), Mourlon (n° 118).

étaient telles qu'il ne fût pas possible de reconnaître la chose vendue, d'en constater l'identité, il faudrait bien admettre que le privilége est éteint par l'impossibilité même où l'on serait de retrouver l'objet sur lequel il devait s'exercer. Mais c'est devant cette impossibilité seulement que nous ferions fléchir le droit du vendeur.

Ainsi, d'une part, nous n'admettons pas la doctrine de M. Duranton, qui, réglant la question de privilége par les distinctions établies aux art. 570 et 571 du Code Napoléon, enseigne que le privilége subsiste, quoique la chose ait changé de forme et de nom, dans tous les cas où le maître de la matière l'emporte sur l'ouvrier qui lui aurait fait subir des changements, et conséquemment qu'il s'éteint dans l'hypothèse inverse (1). Évidemment la position est très-différente entre le cas que règlent ces articles et celui dont nous nous occupons ici, car c'est d'une question de propriété qu'il s'agit dans les art. 570 et 571, tandis qu'ici c'est d'une question de déchéance, et il est d'autant moins possible de se prononcer sur celle-ci par les principes qui gouvernent l'autre, qu'en définitive ces principes n'y pourraient être appliqués que partiellement et destitués de la règle d'équité qui précisément les explique et les justifie. Remarquons, en effet, que, maintenus dans leur sphère, les art. 570 et 571 sont parfaitement équitables : des deux droits qui sont en présence, ils sacrifient l'un à l'autre, cela est vrai; mais, en même temps, ils consacrent le principe de l'indemnité en faveur de celui qui est absorbé. Ainsi, la matière prévaut-elle, le propriétaire remboursera à l'ouvrier le prix de la main-d'œuvre; et, au contraire, le travail l'emporte-t-il, l'ouvrier payera au propriétaire le prix de la matière. Or, faites sortir ces articles de leur sphère, prenez-en les distinctions pour les appliquer à notre question de privilége, il y a nécessairement quelque chose à y effacer, et c'est précisément la disposition équitable; car le créancier que vous allez déclarer *déchu* dans tous les cas où le travail l'emportera sur la matière perdra son droit sans compensation aucune, et, après avoir mis dans le patrimoine de son débiteur une valeur qui s'y trouve encore, il verra cette valeur aller à d'autres créanciers! C'est là une iniquité que la loi n'a pu vouloir consacrer.

D'une autre part, nous n'admettons pas non plus la théorie de Cujas, adoptée par M. Troplong (2), suivant laquelle il faudrait distinguer entre les changements qui engendrent une nouvelle espèce et éteignent celle sur laquelle existait le privilége, et les changements qui ne font qu'augmenter ou diminuer la chose, puis sous-distinguer, dans les changements de la première catégorie, entre ceux qui sont définitifs, la matière ne pouvant revenir à son espèce primitive, comme une statue qu'on aurait tirée d'un bloc de marbre, cas auquel le privilége serait définitivement éteint, et ceux qui ne sont pas définitifs, en ce sens que la matière peut reprendre son premier état, comme les couverts d'argent qu'a produits un lingot, cas auquel le privilége subsisterait en passant du lingot

(1) *Voy.* M. Duranton (t. XIX, n° 124). — *Voy.* encore, sur la question, Grenier (t. II, n° 316), et M. Dalloz (*loc. cit.*, n° 9).
(2) *Voy.* M. Troplong (n°s 109 et suiv.).

d'argent aux couverts. Ces distinctions, dont la subtilité se traduit en applications bizarres et discordantes (1), ajoutent, dans tous les cas, à notre article, dont la disposition, absolument muette sur les modifications que peut subir la chose grevée du privilége, donne suffisamment à entendre que ces modifications, quelque graves qu'elles soient, ne portent pas atteinte au droit du créancier tant que la valeur mise par celui-ci dans le patrimoine de son débiteur s'y trouve encore et y est reconnaissable.

Et cela est profondément équitable. A tout prendre, il faut bien que le droit du vendeur non payé s'éteigne quand la chose par lui vendue est tellement transformée qu'elle n'est pas reconnaissable, qu'on ne peut pas dire si elle est encore dans le patrimoine du débiteur par elle-même ou par une valeur qui la représente : il y a là une impossibilité de fait et même de droit (puisqu'il n'y a plus certitude que la chose soit en la possession du débiteur) devant laquelle le privilége du vendeur doit s'incliner. Mais, en toute autre occurrence, si la chose est là, reconnaissable quoique transformée, ajoutant à l'actif du débiteur une valeur qui n'y serait pas sans elle, il impliquerait que cette valeur, au lieu de revenir à celui qui l'a créée, allât enrichir d'autres créanciers moins dignes de faveur que lui. Cette doctrine, admise par quelques auteurs (2), trouve aussi son appui dans la jurisprudence. La Cour de Nancy, notamment, et celle de Rouen, semblent s'en être inspirées, en décidant : l'une, que le privilége du vendeur peut être exercé sur des objets vendus et non payés, bien qu'ils aient été dénaturés, *alors que l'identité de la chose vendue est constante;* l'autre, que le privilége peut être réclamé par le vendeur d'un brevet d'imprimeur avec fonds et achalandage, sauf à en limiter l'exercice aux objets mobiliers *dont l'identité avec ceux anciennement vendus serait constatée* (3).

154. Mais si les effets mobiliers ont été immobilisés par l'acheteur qui en doit encore le prix, le privilége du vendeur subsistera-t-il? Il y a deux hypothèses à distinguer : l'une où les effets mobiliers deviennent immeubles par leur nature; l'autre où ils sont immobilisés par la destination. Dans la première hypothèse, le privilége est incontestablement éteint, cela ne semble pas faire difficulté. Les effets mobiliers alors sont sortis de la classe des meubles pour se confondre avec l'immeuble auquel ils adhèrent et dont ils prennent la nature : le créancier qui les avait vendus n'y peut donc pas avoir son droit de préférence, puisqu'ils n'existent plus, même à son égard, à l'état de meubles. La Cour de Bruxelles a décidé, en ce sens, que le privilége du vendeur d'objets mobiliers, *immobilisés par incorporation à un immeuble*, est éteint vis-à-vis des créanciers hypothécaires inscrits sur cet immeuble (4); c'est

(1) *Voy.* la critique ingénieuse qui en a été faite par M. Mourlon dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (t. V, p. 70 et suiv.).

(2) *Voy.* MM. Valette (n° 85), Mourlon (*loc. cit.*).

(3) *Voy.* Nancy, 28 déc. 1820; Rouen, 7 août 1841.

(4) Bruxelles, 16 fév. 1848 (Dalloz, 48, 2, 61). — *Voy.* aussi Req., 9 juin 1847 (Dalloz, 47, 1, 248); Amiens, 6 fév. 1830; Liége, 13 déc. 1834; Req., 18 mars 1840.

dans ce sens encore que, d'après la Cour de Paris, des ouvriers qui ont vendu et mis en œuvre des bois et des planches employés à des constructions par eux faites pour le compte d'un locataire, sur le terrain loué par celui-ci, ne peuvent pas exercer le privilége accordé au vendeur (1).

Dans la seconde hypothèse, lorsqu'il s'agit, non point d'objets attachés et inhérents à une propriété immobilière, mais simplement immobilisés par destination, il y a de très-sérieuses difficultés. D'après quelques auteurs, le privilége du vendeur subsiste dans ce cas (2), et nous admettons cela sans difficulté si le vendeur se trouve en présence de créanciers chirographaires : le vendeur, alors, doit pouvoir exiger que les objets par lui vendus soient détachés de l'immeuble afin qu'il y exerce son droit privilégié; cela est juste et conforme aux principes (3). Mais si le vendeur se trouve en présence de créanciers auxquels aurait été affecté hypothécairement l'immeuble accru par l'immobilisation, il en doit être autrement. Le privilége du vendeur ne doit pas l'emporter sur une hypothèque qui, de sa nature, s'étend aux améliorations et augmentations faites à l'immeuble et les affecte avec l'immeuble lui-même. (Code Napoléon, art. 2118, 2133.) Marcadé en a donné les motifs en traitant une autre question qui se confond avec celle-ci et se résout par les mêmes principes, celle de savoir si le vendeur d'effets mobiliers conserve le droit de résolution quand les objets vendus sont devenus immeubles par destination. Nous ne saurions mieux faire que nous référer aux observations de notre éminent prédécesseur. (Voy. *Comment. des art.* 1654 *et suiv.*, n° 2); ajoutons seulement que la jurisprudence tend de plus en plus à confirmer sa doctrine (4).

Peut-être, à une époque où l'industrie prend incessamment des développements nouveaux, serait-il bien, pour seconder cette tendance, qu'une exception fût admise dans l'intérêt des fabricants de machines qui, achetées à terme, sont ensuite incorporées à des bâtiments. Le législateur belge a compris cela à merveille lorsque, tout en consacrant la jurisprudence qui prive de tout effet le privilége du vendeur d'objets mobiliers dans le cas où ces objets sont devenus immeubles par incorporation ou par destination, il a voulu qu'il en fût autrement pour les machines et appareils employés dans les établissements industriels, et a déclaré que, pour ces objets, le privilége serait maintenu pendant deux ans à partir de la livraison (5). Mais nous n'avons dans notre code

(1) Paris, 30 déc. 1825.
(2) *Voy.* MM. Troplong (n° 113), Mourlon (*loc. cit.*).
(3) *Voy.* Rouen, 22 mai 1811; Bruxelles, 10 mai 1833; Gand, 24 mai 1833; Caen, 1er août 1837; Rej., 24 mai 1842.
(4) *Voy.* Rej., 22 janv. 1833; Rouen, 10 juill. 1828; Bruxelles, 16 août 1832; Grenoble, 18 janv. 1833; Paris, 6 avril 1836, 24 nov. 1845 et 25 juill. 1846 (Dall., 45, 2, 188; 46, 2, 151). — *Voy.* aussi MM. Zachariæ (*loc. cit.*, note 23) et Valette (n° 85). — *Voy.* cependant Dijon, 16 août 1842; Bruxelles, Cour de cass., 11 fév. 1848 (Dall., 48, 2, 76).
(5) *Voy.* le *Comment. législatif de la loi belge* du 16 déc. 1851, publié par M. Delebecque (p. 102, 110 et suiv.).

aucun texte sur lequel une pareille distinction puisse être assise : il en en doit donc être, chez nous, de l'immobilisation des machines comme de l'immobilisation de tous autres objets mobiliers, relativement à ses effets sur le privilége du vendeur.

XI. — 155. *De la revendication.* — Indépendamment du privilége dont nous venons de parler, notre article accorde au vendeur d'effets mobiliers non payés un droit de revendication ; mais, nous l'avons dit, il y a ceci à remarquer avant tout que le privilége est acquis au vendeur, soit qu'il ait vendu à terme, soit qu'il ait vendu sans terme, tandis que le droit de revendication n'est consacré en sa faveur que dans ce dernier cas de *vente sans terme*. En ceci, la loi a été l'objet de critiques dont la justesse sera contestée par quiconque se pénétrera bien de la nature de ce droit de revendication consacré par notre article et de son effet juridique. M. Duranton, notamment, après avoir rappelé que la distinction entre le cas de la vente à terme et celui de la vente sans terme est un vestige de l'ancien droit suivant lequel la délivrance ne rendait l'acheteur propriétaire que dans le premier cas ; après avoir indiqué que la distinction a été effacée dans notre droit actuel par l'art. 1583 du Code Napoléon, M. Duranton nous dit : « En accordant la revendication au vendeur, lorsqu'il a vendu sans terme, on s'est bien, il est vrai, conformé au droit romain, mais on ne s'est point conformé du tout à la disposition de l'art. 1583, qui reconnaît l'acheteur propriétaire ; car on ne donne pas la revendication contre celui qui est propriétaire, et on ne la donne pas à celui qui a cessé de l'être. — De plus, la circonstance qu'il a été fait terme à l'acheteur ne devait pas, dans les principes du Code, suffire pour établir, quant à la revendication, une différence d'avec le cas contraire ; dans le premier aussi, le vendeur devait pouvoir revendiquer, s'il n'était pas payé au terme fixé, car, d'après l'art. 1184, la condition résolutoire est toujours sous-entendue pour le cas où l'une des parties ne satisferait pas à son engagement (1). » Dans le même ordre d'idées, la Faculté de droit de Caen, dans ses observations sur la réforme hypothécaire projetée en 1840, critiquait la restriction apportée par notre article au droit de revendication, et demandait qu'on vînt en aide au vendeur à terme en lui accordant aussi ce droit que la loi attribue limitativement au vendeur au comptant (2).

Tout cela serait juste, sans doute, et la loi présenterait, en effet, le défaut d'harmonie qu'on lui reproche, si la revendication consacrée par notre article n'eût été, dans la pensée du législateur, comme l'ont supposé M. Duranton et la Faculté de droit de Caen, que le droit de résolution mis en œuvre et exercé contre les créanciers de l'acheteur. Mais comment admettre que telles aient été les vues de la loi ? Et à qui fera-t-on croire que, dans un texte dont l'objet est d'assurer l'exécution des obligations et des contrats, le législateur aurait organisé un

(1) *Voy.* M. Duranton (t. XIX, n° 120).
(2) *Voy.* les documents publiés en 1844 (t. III, p. 67).

moyen de les résoudre? que quand il se propose de protéger les créanciers dont le titre a une cause de préférence, il aurait procédé, à l'égard du vendeur, de façon à lui faire perdre, vis-à-vis des autres créanciers de l'acheteur, le bénéfice du droit commun (art. 1654), suivant lequel le vendeur peut, en cas de non-payement de prix, agir en résolution d'une manière absolue, sans autres limites de temps que celles de la prescription la plus longue et sans distinction aucune entre le cas de vente à terme et celui de vente au comptant? Tant de contradictions ne sauraient être dans la loi, et la jurisprudence ne s'y est pas trompée, car elle décide que le vendeur d'objets mobiliers, même en conflit avec les créanciers de l'acheteur, peut agir en résolution pour défaut de payement de prix, bien qu'il ne puisse pas exercer la revendication que notre article organise (1). Ainsi cette revendication est autre chose que la résolution. Qu'est-elle donc? Son origine va nous le dire.

Notre article, en se rattachant au droit romain dans la partie qui nous occupe (Inst. Justin., *De rer. div.*, § 41 et l. 12, C. de *rei vind.*), procède aussi, nous l'avons dit déjà, de notre ancien droit français, et très-directement de la coutume de Paris. Or voici comment s'exprime l'art. 176, qui est, du reste, la reproduction à peu près littérale de l'art. 194 de la Coutume avant la réformation de 1580 : « Qui vend aucune chose mobiliaire sans jour et sans terme, espérant être payé promptement, il peut sa chose poursuivre, en quelque lieu qu'elle soit transportée, *pour être payé du prix qu'il l'a vendue.* » Pour être payé du prix! Ce n'est donc point pour anéantir la vente que le vendeur non payé va poursuivre sa chose; c'est, au contraire, en vue de l'exécution de la vente, de son complément naturel qui est le payement du prix. Et en effet, tous les commentateurs de la coutume, tant avant qu'après la réformation, reconnaissent que l'action du vendeur aura pour objet, non pas d'effacer et de détruire la convention conclue entre lui et l'acquéreur, comme ferait la résolution, mais uniquement de remettre sous sa main la chose qu'il n'avait abandonnée que dans l'espoir d'en être promptement payé. Dumoulin, apostillant l'art. 194 de l'ancienne coutume de Paris, dans ses *Notæ solennes ad Consuetudines gallicas*, le dit énergiquement lorsque, en se référant à ces mots du texte : « Il peut sa chose poursuivre... *pour en être payé du prix*, » il ajoute : « et pour la recouvrer ET EN DEMEURER SAISI *jusques à ce qu'il soit payé.* » Après Dumoulin, tous les auteurs reproduisent littéralement sa doctrine et en acceptent la donnée (2).

(1) *Voy.* Paris, 18 août 1829, 20 juill. 1831, 10 juill. 1833, 11 nov. 1837; Rouen, 29 nov. 1837; Lyon, 29 mars 1839. Ce dernier arrêt, dans quelques-uns de ses motifs, semble cependant assimiler la revendication à la résolution. — *Voy.* encore Rej., 9 déc. 1835 (Dev., 36, 1, 177; Dall., 36, 1, 5), arrêt qui, tout en rejetant l'action en résolution dans un cas où la revendication ne pouvait pas être exercée, se refuse à consacrer la doctrine produite par l'organe du ministère public suivant lequel la résolution ne serait pas admissible quand il y a déchéance par rapport à la revendication.

(2) *Voy.* notamment Ferrière (art. 176 de la Cout. réformée, n° 5), Brodeau (*ibid.*, n° 3).

Et maintenant, que fait notre article quand il nous dit que si la vente a été faite sans terme, le vendeur peut revendiquer les effets mobiliers par lui vendus et *en empêcher la revente?* Evidemment il reproduit, lui aussi, la doctrine de Dumoulin; il dit que, sans toucher à la vente qui subsistera comme contrat consommé, le vendeur va reprendre la possession *pour empêcher la revente*, c'est-à-dire pour recouvrer ses droits sur la chose qu'il a vendue et qu'il a imprudemment livrée, ou plutôt pour protéger ces droits contre les atteintes qu'ils pourraient recevoir des actes de l'acheteur, si la chose restait aux mains de ce dernier. L'acheteur pourrait en effet revendre la chose et recevoir le prix de la revente; par là périrait le privilége du vendeur primitif et son action en résolution. La loi vient en aide à ce vendeur, et lui dit : « Remettez-vous en possession. Ainsi l'acquéreur de votre chose ne pourra pas la revendre, et par là votre privilége et votre action en résolution resteront intacts et préservés. » Donc, ce que le vendeur revendique, ce n'est pas la propriété, car il a vendu, et par là il a cessé d'être propriétaire et n'est plus dans les conditions voulues pour revendiquer la propriété; c'est la possession : ce qu'il veut, ce n'est pas supprimer la vente ou l'annihiler, car la vente a été et reste parfaite par le seul effet du consentement; c'est reprendre la position qu'il avait au moment où la vente a été consentie, c'est-à-dire le droit, accordé par la loi à celui qui vend sans jour ni terme, de retenir la chose vendue jusqu'au payement du prix. (Art. 1612 du Code Napoléon.)

Telle est, dans son objet, la revendication accordée au vendeur d'effets mobiliers non payés. Devant cette théorie, que Dumoulin avait déduite des textes sous l'ancienne législation, et que M. le professeur Vuatrin a le premier appliquée sous la législation actuelle (1), on comprend que les reproches dont la loi a été l'objet sont sans aucun fondement; loin d'y voir un défaut d'harmonie, on reconnaît que tout s'y coordonne à merveille, et que ces réserves mêmes, en ce qui concerne la revendication dont nous parlons ici, sont ce qu'il y a de plus juste et de plus rationnel. La loi veut que cette revendication ne puisse avoir lieu que dans le cas de vente sans jour ni terme. Pouvait-elle vouloir autrement? Comment, en effet, et à quel titre, le vendeur à terme pourrait-il prétendre à la revendication? Que revendiquerait-il? La propriété? Non, car dans ce cas, comme dans celui de vente sans jour ni terme, le vendeur a cessé d'être propriétaire par l'effet de la vente et n'est plus dans le cas de revendiquer la propriété. La possession ou le droit de rétention? Pas davantage, car ici, à la différence du cas de vente au comptant, le vendeur a été tenu à la délivrance immédiatement, par cela seul qu'il faisait terme à l'acheteur et suivait sa foi. Et s'il n'a eu jamais le droit de rétention, comment aurait-il pu être admis à revendiquer ce droit? On le voit donc, notre article parle avec exac-

(1) M. Vuatrin, candidat dans le concours ouvert en 1839 devant la Faculté de droit de Paris, et depuis professeur, a donné dans l'une de ses épreuves cette interprétation de la loi, que M. Valette a ensuite mise dans tout son jour (n° 90). — *Voy.* aussi M. Mourlon (n° 131).

titude, il dispose sous les inspirations de la raison et dans la saine entente des principes, quand il restreint au cas de vente faite sans terme, le droit de revendication qu'il organise; et c'est évidemment pour n'y avoir pas assez réfléchi qu'on lui a reproché de n'avoir pas généralisé ce droit, et de n'en avoir pas fait en tout le corollaire du privilége qui, lui, se produit dans toutes les situation.

Maintenant que nous voici fixés et sur la nature du droit, et sur les cas dans lesquels il peut être exercé, voyons les conditions auxquelles l'exercice en est subordonné.

156. Ces conditions, d'après notre article, sont au nombre de trois; il faut : 1° que la chose soit en la possession de l'acheteur; 2° que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison; et 3° que les effets se trouvent dans le même état dans lequel la livraison a été faite.

157. La première condition est la conséquence nécessaire du principe qu'en fait de meubles la possession vaut titre. Il est clair qu'en présence de cette règle fondamentale, parmi celles qui régissent la propriété mobilière, il n'y a plus de revendication possible de la part du vendeur dès que l'acheteur s'est dessaisi de la chose et l'a transmise à un tiers qui l'a reçue de bonne foi. En ceci, notre article modifie les termes de la coutume qui, on l'a vu plus haut, permettait au vendeur « de poursuivre sa chose en quelque lieu qu'elle fût transportée. » C'est que la règle : En fait de meubles possession vaut titre, quoique pressentie dans le droit coutumier, n'y avait pas sa formule énergique comme dans notre législation actuelle. Donc, aujourd'hui, si la possession n'est plus aux mains de l'acheteur, le droit de revendication s'évanouit. La Cour de cassation confirme ceci dans deux arrêts (1) qui décident : l'un, que le vendeur d'objets mobiliers non payés, tels que des meubles, n'est pas admis à en exercer la revendication, lorsqu'au moment de sa demande ces objets ne sont plus entre les mains de l'acheteur, mais ont été incorporés, par le fait de celui-ci, à une usine qu'il construisait pour le compte d'un tiers; l'autre, que la vente de bois sur pied destiné à être coupé constitue une vente mobilière, en sorte que le vendeur ne peut, après l'exploitation commencée et la prise de possession faite par des sous-acquéreurs, poursuivre contre ceux-ci la revendication des bois vendus.

Du reste, quel que soit le titre qui ait fait passer la chose des mains de l'acheteur dans celles d'un tiers acquéreur; que la transmission ait été faite à titre onéreux ou qu'elle résulte d'un acte à titre gratuit, le droit de revendication n'en est pas moins éteint; car la règle qu'en fait de meubles la possession vaut titre, est posée d'une manière générale, et rien n'autorise à penser qu'elle doive fléchir même dans le cas où la possession du tiers acquéreur procède d'un titre lucratif. Seulement, il faut, dans tous les cas, que l'acquéreur ait reçu la possession de bonne foi : à cet égard, les observations présentées plus haut à l'occasion du

(1) Req., 22 nov. et 12 déc. 1842.

privilége reçoivent toute leur application au droit de revendication (1). (*Voy.* n° 141, *in fine.*)

158. De la seconde condition, il n'y a rien à dire sinon que la revendication ayant pour objet de reprendre la chose que le vendeur peut retenir jusqu'au payement, il fallait nécessairement ne laisser subsister le droit de l'exercer que pendant un délai assez court pour que le vendeur ne pût pas être réputé avoir abdiqué son droit de rétention. Notre article suppose que, après huit jours, ce droit est réputé abdiqué; c'est pourquoi il circonscrit l'action en revendication dans ce délai de huitaine.

159. La troisième condition s'explique encore d'elle-même; il est clair que lorsque la chose vendue n'existe plus dans son individualité, la revendication n'en est plus possible. La chose, quoique transformée, est toujours, comme valeur, dans le patrimoine de l'acheteur; c'est pourquoi nous avons admis en principe que la créance du vendeur demeure privilégiée (voy. *suprà*, n° 153); mais ce n'est pas sur la valeur que la revendication peut être exercée, c'est sur la chose même; voilà pourquoi notre article dispose raisonnablement quand il exige, pour la revendication (ce qu'il ne fait pas pour le privilége), l'existence de la chose dans le même état dans lequel elle était lors de la livraison. Et pourtant il ne faudrait pas prendre ceci à la lettre; par exemple, il ne faudrait pas croire que le déballage de la chose vendue fait obstacle à la revendication. Sous l'ancienne loi des faillites, la revendication, dans les ventes commerciales, n'était autorisée, d'après l'art. 480, que sur les marchandises qui étaient identiquement les mêmes, et lorsqu'il était reconnu que les balles, barriques ou enveloppes dans lesquelles elles se trouvaient lors de la vente n'avaient pas été ouvertes, que les cordes ou marques n'avaient été ni enlevées, ni changées, et que les marchandises n'avaient subi en nature et quantité ni changement, ni altération. Mais cette sévérité, qui avait ses raisons dans le cas de faillite, où la fraude peut être aisément supposée, serait ici tout à fait hors de mise. La condition imposée par notre article doit s'entendre dans ce sens que le droit de revendication s'arrêtera si la chose vendue par le revendiquant n'existe plus comme individualité en la possession du débiteur. Il faut appliquer ici ce qu'on disait du privilége dans l'ancienne jurisprudence : « Aussitôt que la chose a été convertie en une autre forme, quoiqu'elle se trouve entre les mains de l'acheteur, le privilége cesse, parce qu'on peut dire que, *mutatâ formâ*, ce n'est plus la chose qui était auparavant, comme si le blé vendu a été converti en farine, le bois en ouvrages, la laine en drap, et ainsi des autres matières qui ont pris d'autres formes (2). » Mais si la chose existe en nature, si elle est aux mains du débiteur, si

(1) Une question se rattache à cette première condition : c'est celle de savoir si le droit de revendication accordé au vendeur doit prévaloir contre le privilége accordé au locateur d'un immeuble dans le cas où celui-ci n'a pas eu connaissance de la créance du vendeur. Nous examinerons cette question sous l'art. 1096, en traitant du classement des priviléges (*voy.* n° 181).

(2) Ferrière (*Compil. des comm. de la Cout. de Paris*, art. 176, n° 10).

elle y est reconnaissable, si l'identité en peut être constatée, il n'y aurait aucun motif raisonnable de priver le vendeur de son droit de revendication, encore que la chose ne se retrouvât pas matériellement dans l'état même où elle a été livrée (1).

160. Nous terminerons nos observations sur le droit de revendication par deux remarques particulières : l'une, que cette faculté de revendiquer étant essentiellement indépendante du privilége, le vendeur qui aurait négligé de l'exercer ne serait pas pour cela déchu de son privilége (2); l'autre, qu'en tout état de cause le vendeur devrait s'arrêter dans l'exercice de son action revendicatoire si, soit l'acquéreur, soit même un créancier de l'acquéreur, payait au revendiquant la chose par lui vendue (3). Ceci sera de toute évidence pour quiconque prendra ce droit de revendication pour ce qu'il est réellement. Le doute a pu s'élever dans l'esprit de ceux qui n'ont vu dans ce droit qu'un corollaire de l'action résolutoire pour défaut de payement du prix; mais ce doute s'évanouit nécessairement dès que la revendication apparaît comme un moyen offert au vendeur de recouvrer son droit de rétention à l'effet d'arriver à l'exécution du contrat. Or l'exécution du contrat étant précisément, pour lui, le payement du prix, il est clair que son action devient sans objet dès qu'il est payé soit par l'acquéreur, soit par un créancier de celui-ci.

161. Notre article, après avoir réglé le double droit qu'il accorde, suivant les cas, au vendeur d'effets mobiliers non payés, ajoute qu'il n'est rien innové aux lois et usages du commerce sur la revendication. Et en effet, la revendication des marchandises vendues au failli a été soumise, par les art. 576 et suiv. du Code de commerce, à des règles qu'il n'est pas de notre objet de commenter ici. Rappelons seulement que, par une disposition nouvelle dont nous avons eu déjà l'occasion de parler (voy. *suprà*, n° 148), la loi des faillites, telle qu'elle a été votée en 1838, a voulu que le privilége et le droit de revendication établis par notre article, au profit du vendeur d'effets mobiliers, ne fussent pas admis en cas de faillite. (Code de commerce, art. 550.) L'intérêt du commerce, le crédit dont il a besoin, la confiance qui est son élément le plus actif, sollicitaient cette dérogation au droit commun; il ne faut pas qu'un créancier qui a vu les magasins de son débiteur complétement garnis puisse, quand la faillite éclate, être privé, par l'effet d'un privilége dont il ignorait l'existence et qui pourrait être supposé, d'un gage en considération duquel peut-être il a consenti à traiter. Mais précisément parce que la dérogation n'est établie qu'en vue de la sécurité du commerce et pour fortifier le crédit dont il a besoin, on ne s'expliquerait pas qu'elle fût étendue aux ventes qui ne constituent pas par leur

---

(1) *Voy.* Delvincourt (t. III, p. 275), Grenier (t. II, n° 316), MM. Persil (*loc. cit.*, n° 14), Dalloz (*loc. cit.*, n° 14), Valette (*loc. cit.*, n° 90, p. 122, 123), Mourlon (n° 136). *Voy.* cependant Tarrible (*Rép. de Merlin*, v° Privilége, p. 27), M. Troplong (n° 196).

(2) *Voy.* Delvincourt (*loc. cit.*) et M. Dalloz (*loc. cit.*, n° 16).

(3) *Voy.* Tarrible (*loc. cit.*), Grenier (t. II, n° 318), Favard (v° Privilége, sect. 1, 2, n° 12), MM. Persil (*loc. cit.*, n° 17), Dalloz (*loc. cit.*, n° 15).

nature des actes de commerce de la part de l'acquéreur et dans lesquelles, par conséquent, ces intérêts ne se trouvent nullement engagés. Ainsi Paul achète de Pierre un mobilier de salon ou des livres dont il garnit sa bibliothèque; puis il tombe en faillite deux jours après, et sans avoir payé le prix de son acquisition; la circonstance que Paul était marchand ne fera pas obstacle à ce que Pierre excipe de notre article et des droits qu'il consacre dans son numéro 1; ce mobilier ou ces livres que Paul avait achetés n'étaient pas destinés à entrer dans le mouvement de ses affaires : l'exception que l'art. 550 du Code de commerce fait au droit commun n'a pas d'application dans ce cas (1). — Mais, à l'inverse, si la vente constituait un acte de commerce de la part de l'acquéreur; par exemple, si elle a eu pour objet des marchandises dont celui-ci va garnir son magasin en attendant qu'il les vende lui-même, la circonstance que le vendeur serait un simple particulier non négociant ne ferait pas que l'art. 550 du Code de commerce ne dût recevoir son application. Ce cas rentre parfaitement, en effet, dans les termes de cet article, et la solution contraire émise par M. Troplong, sur ce fondement que « la qualité de l'acheteur ne peut rejaillir sur le vendeur et enlever à ce dernier le bénéfice du droit commun (2), » doit être rejetée comme contraire aux termes absolus dans lesquels est conçue la disposition précitée du Code de commerce.

XII. — 162. *Fournitures d'un aubergiste.* — Notre article déclare privilégiées les créances pour les fournitures d'un aubergiste, et il affecte au privilége les effets du voyageur qui ont été transportés dans l'auberge. Cette disposition, d'origine toute française, remonte à la coutume de Paris, dont l'art. 175, plus explicite que notre texte, portait : « Dépens d'hôtelage livrés par hôtes à pèlerins, ou à leurs chevaux, sont privilégiés, et viennent à préférer devant tout autre, sur les biens et chevaux hôtelés; et les peut l'hôtelier retenir jusqu'à payement; et si aucun autre créancier les voulait enlever, l'hôtelier a juste cause de s'y opposer. » Sa raison est, comme l'exprime Ferrière, « que l'hôtelier est censé avoir en gage et en sa possession les meubles, hardes, marchandises des passants, pèlerins et voyageurs...; et le privilége est d'autant plus fort qu'il est fondé sur la cause des aliments, laquelle est très-favorable, et sur la nécessité de l'office public des hôteliers qui logent sur les grands chemins et dans les villes, étant obligés, en faisant ce négoce, de recevoir toute sorte de passants et voyageurs, quoiqu'ils ne les connaissent point, sans avoir aucune assurance de payement de la dette et des dépenses qu'ils feront chez eux (3). » Ajoutons, d'ailleurs, que le privilége est essentiellement équitable. Quand l'aubergiste, responsable de tout ce qui est apporté dans son auberge ou confié à sa garde, est tenu non-seulement du dommage des effets du voyageur, mais encore du vol qui aurait été

(1) *Voy.* Paris, 25 juin 1831 et 5 déc. 1832; Gand, 24 mai 1833; Caen, 1er août 1837. — *Voy.* aussi MM. Troplong (n° 200), Mourlon (n° 140).

(2) *Voy.* M. Troplong (n° 200, in fine).

(3) Ferrière (art. 175 *De la Coutume*, n° 1).

commis, soit par des domestiques, soit par des étrangers; quand il est considéré comme dépositaire nécessaire et, à ce titre, forcé de subir l'application, soit de l'art. 1348, n° 2, sur la preuve testimoniale, soit même, d'après quelques auteurs, de l'art. 2060, n° 1, sur la contrainte par corps; c'est bien le moins que, par une juste réciprocité, il reçoive de la loi un droit de préférence, à raison de ses fournitures, sur les effets que le voyageur apporte dans sa maison et confie à sa garde (1).

163. Mais, on le voit, c'est l'idée de gage, ou la présomption d'une constitution tacite de gage, qui est le fondement du privilége; par conséquent, l'application en doit être repoussée dans tous les cas où la présomption ne serait pas admissible, quelque rapport qu'il pût y avoir d'ailleurs entre les fournitures faites et celles que la loi déclare privilégiées. Telles seraient, par exemple, les fournitures des cabaretiers. Sous l'ancienne jurisprudence, les cabaretiers et taverniers étaient privés de toute action, « pour vin ou autres choses par eux vendus en détail par assiette en leurs maisons. » (Art. 128 de la Coutume de Paris.) La raison en est, dit Ferrière (2), que si les cabaretiers et taverniers avaient action pour faire payer des dépenses faites en leurs maisons, ils ruineraient les jeunes gens et même les pères de famille par la facilité qu'ils auraient de faire crédit à ceux qu'ils sauraient avoir de quoi payer, jusqu'à ce qu'ils les eussent entièrement ruinés... Ainsi la cause de telle dette est odieuse. Les mêmes considérations doivent aujourd'hui faire rejeter toute idée de privilége (3). Mais il faut aller plus loin encore et dire que l'aubergiste lui-même n'aurait droit à aucun privilége à raison des fournitures qu'il aurait faites aux personnes domiciliées dans la ville même où il tient son auberge, à supposer que ces personnes y eussent transporté des effets. Si la loi a cru devoir subvenir à l'aubergiste, c'est en raison de la nécessité où il est de recevoir chez lui quiconque s'y présente, sans avoir aucune assurance d'être payé, sans connaître même la personne qu'il reçoit; mais il n'y a rien de semblable dans la situation supposée, car l'aubergiste connaît ou il peut connaître ceux qui vivent à côté de lui, qui sont domiciliés dans la même ville, il peut apprécier leur solvabilité, et s'il consent à leur faire des avances, c'est qu'il a bien voulu suivre leur foi. On n'est donc pas ici dans les conditions de la loi constitutive du privilége; et on n'est pas non plus dans ses termes, car nous n'avons pas, dans notre hypothèse, le *voyageur* dont la loi parle nommément, et sur les effets duquel elle fait porter le privilége.

164. Le privilége garantit la créance pour *fournitures;* ainsi il est attaché non-seulement aux sommes dues par le voyageur pour son logement, sa nourriture et celle de ses chevaux, s'il en a conduit dans l'auberge, mais encore à toutes les autres fournitures, en tant que l'aubergiste aurait été forcé de les faire par la nature de son état. Celles-là

(1) Ferrière (*ibid.*, n° 10).
(2) *Ibid.*
(3) *Voy.* M. Troplong (n° 202).

seules dont la dette ne serait pas justifiée par les relations naturelles qui existent de l'aubergiste au voyageur qu'il reçoit, comme serait, par exemple, le prêt d'une somme d'argent, seraient exceptées. Dumoulin allait plus loin dans son commentaire de l'art. 175 de la coutume de Paris; il exceptait, en outre, comme blessant les bonnes mœurs, les dépenses excessives : *Si essent impensæ valdè superfluæ, non venirent, quia sunt contrà bonos mores, nec eis favendum est, imo magis inde puniendum, et præsertim si sit lex sumptuaria.* Mais on disait déjà sous l'ancienne jurisprudence, et on peut encore dire aujourd'hui, contre cette restriction, que ce n'est pas à l'hôtelier à s'informer si la dépense est excessive ou non, et que, forcé par son industrie de fournir à ses hôtes ce qu'ils demandent, il acquiert le privilége en fournissant, et a droit de l'exercer pour toute sa créance, en tant que les effets grevés présentent un gage suffisant (1).

165. Quels sont les effets qu'il faut considérer comme grevés du privilége? Ce sont, aux termes de notre article, « les effets du voyageur qui ont été transportés dans l'auberge. » La Coutume de Paris, plus large dans son expression, donnait pour gage à l'hôtelier, comme on l'a vu plus haut, « les biens et *chevaux* hôtelés. » Toutefois, le texte du Code s'explique par celui de la coutume, et l'on admet généralement que, bien qu'il parle seulement des *effets* transportés dans l'auberge, il s'étend cependant aux animaux, comme chevaux, bœufs, etc., que le voyageur aurait introduits dans l'hôtellerie (2).

Si ces objets, animés ou inanimés, n'appartiennent pas au voyageur, si le voyageur qui les a introduits dans l'auberge ne les détient que comme locataire, emprunteur ou dépositaire, l'aubergiste y acquiert-il aussi un droit de gage? La Cour de Colmar s'est prononcée négativement sur la question, parce que, a-t-elle dit, « si l'art. 1952 rend les aubergistes responsables des effets apportés chez eux par le voyageur, sans distinguer les siens de ceux d'autrui, le § 5 de l'art. 2102 ne leur assure, pour leurs fournitures, de privilége que sur les effets du voyageur transportés chez eux, c'est-à-dire qui sont sa propriété (3). » Mais la solution, d'ailleurs peu motivée, a été généralement repoussée; et elle ne pouvait pas manquer de l'être. En principe, d'abord, le privilége de l'aubergiste procède de la même cause que celui du locateur; il est fondé, comme celui-ci, sur la présomption légale de gage tacitement consenti; et puisque le privilége du locateur porte sur les objets garnissant les lieux loués, soit qu'ils appartiennent au locataire, soit qu'ils appartiennent à des tiers (voy. *suprà*, n° 119), il est clair que le privilége de l'aubergiste doit frapper les effets transportés dans son auberge, soit que le voyageur en ait la propriété, soit qu'il n'en ait qu'une détention précaire. Ensuite et en fait, que nous dit notre article? Serait-ce, par hasard, que le privilége ne portera que sur les effets *appartenant* au voyageur? Nullement. Il déclare grevés du privilége les effets *trans-*

(1) *Voy.* Ferrière (*loc. cit.*, n° 3).
(2) M. Troplong (n° 206).
(3) Colmar, 26 avril 1816.

portés dans l'auberge. Ce n'est donc pas à l'idée de propriété que le législateur s'attache. Et cela devait être, car comment l'aubergiste, peut-on dire avec Ferrière, serait-il obligé de s'informer si les choses appartiennent à celui qui les introduit dans l'auberge, et à quel titre il les tient? Il suffit qu'elles soient introduites pour qu'à l'instant elles deviennent le gage de l'aubergiste (1).

Toutefois la règle n'est pas sans quelques exceptions; et puisque le privilége de l'aubergiste procède de la même cause que celui du locateur, on comprend que les exceptions mêmes qui affectent le droit de celui-ci doivent affecter également le droit de celui-là. Ainsi, d'une part, l'aubergiste, même de bonne foi, ne pourrait pas exercer son privilége sur les choses volées ou perdues que le voyageur aurait transportées dans l'auberge, si le propriétaire usait, dans les trois ans, de son droit de revendication; d'une autre part, le privilége ne pourrait pas être exercé non plus si l'aubergiste avait su, quand les objets ont été transportés dans l'auberge, que le voyageur n'en avait pas la propriété (2). Nous avons donné sur ces deux points, en traitant du privilége du locateur, des explications auxquelles nous ne pouvons que nous référer. (Voy. *suprà*, n° 122.)

166. Le privilége de l'aubergiste, comme celui du locateur, comme celui du créancier gagiste, est subordonné à la possession. Il s'acquiert donc avec la possession, subsiste avec elle et s'éteint quand elle vient à cesser. De là, dans l'application, des conséquences notables. Ainsi, puisque c'est la possession qui donne le privilége et le conserve tant qu'elle se maintient, il s'ensuit qu'à l'instant même où les effets du voyageur sont transportés dans l'auberge, ils sont grevés du privilége de l'aubergiste et répondent de la dépense du voyageur, cette dépense fût-elle même commencée au moment où les effets ont été transportés. Par exemple, le voyageur est dans l'auberge depuis un mois déjà, et les fournitures à lui faites s'élèvent à une somme de 200 fr. quand il fait venir dans l'auberge sa voiture et ses chevaux : aussitôt le privilége de l'aubergiste frappe les chevaux et la voiture qui répondront, avec les autres effets du voyageur, non-seulement de la dépense qui va suivre leur introduction dans l'auberge, mais encore de celle de 200 fr. qui était faite déjà lorsque les chevaux et la voiture ont été amenés (3). Mais il ne faudrait pas étendre au delà de sa juste mesure cette sorte d'effet rétroactif que nous donnons ici à la possession. En définitive, dans notre hypothèse, les dépenses antérieures, au moment où le gage de l'aubergiste s'est accru, ne constituent pas une dette distincte et isolée; elles se réuniront à celles qui vont suivre, pour former avec celles-ci la dépense totale d'un seul voyage, d'*un voyage non interrompu;* et l'aubergiste doit trouver sa garantie, pour cette dette unique

(1) *Voy.* Ferrière (*loc. cit.*, n° 7). — Conf. Grenier (t. II, n° 319), Favard (*loc. cit.*, n° 13), MM. Persil (*Quest. sur les Priv.*, t. I, ch. 3), Dalloz (*loc. cit.*, n° 20), Duranton (t. XIX, n° 130), Zachariæ (t. II, p. 114), Troplong (n° 204), Valette (n° 70).

(2) *Voy.* Bruxelles, 12 juill. 1806.

(3) *Voy.* MM. Taulier (t. VII, p. 158), Troplong (n° 204).

et qu'on ne peut scinder, dans tous les effets du voyageur, sans qu'il y ait à distinguer entre ceux qui ont été transportés par le voyageur lui-même à son arrivée dans l'auberge, et ceux qui n'ont été transportés que depuis : c'est ainsi que le locateur a sa garantie dans les meubles garnissant les lieux loués, soit que ces meubles aient été apportés par le locataire, soit qu'ils aient été introduits au cours du bail. (Voy. *suprà*, n° 118 et suiv.) Mais il en serait autrement dans le cas de voyages successifs. Par exemple, l'aubergiste chez lequel une dépense a été faite par un voyageur laisse partir ce voyageur sans se faire payer et sans retenir les effets qui étaient son gage, le privilége est éteint, puisque c'est par la possession seulement que ce privilége pouvait se maintenir : l'aubergiste, en se dessaisissant du gage, a suivi la foi de son débiteur; il est désormais créancier chirographaire. Le voyageur revient plus tard dans l'auberge, y transportant à nouveau ses effets; voilà l'aubergiste rentré en possession : mais ici la possession n'aura plus d'effet rétroactif, et la créance afférente au précédent voyage n'en restera pas moins chirographaire, car le privilége a été perdu sans retour du jour où l'aubergiste s'est dessaisi des objets grevés; et si ces objets, revenus en sa possession, répondent de la dépense qui va être faite dans le voyage actuel, ils sont définitivement affranchis du chef de la dépense faite pendant le précédent voyage. Il en était ainsi avant le Code (1), et il n'en peut pas être autrement depuis (2), car aujourd'hui, comme autrefois, le privilége de l'aubergiste est subordonné au fait de la possession.

167. Mais précisément parce que le privilége est subordonné à la possession, il était indispensable de donner à l'aubergiste, indépendamment de son privilége, le droit de retenir son gage jusqu'à ce qu'il fût payé. L'art. 175 de la Coutume de Paris, on l'a vu plus haut, consacrait ce droit d'une manière formelle. La Coutume avait voulu que l'hôtelier pût retenir jusqu'à payement les biens et chevaux hôtelés, afin qu'il ne fût point obligé, comme le dit Ferrière, d'aller plaider devant le juge du domicile de son débiteur, pour une dette qui pourrait être de petite conséquence et qui causerait plus de frais qu'elle ne vaudrait, s'il fallait aller plaider ailleurs que par-devant le juge de son domicile (3). Notre article est muet sur ce point; mais les mêmes motifs militent encore aujourd'hui et avec eux militent les principes généraux qui donnent au créancier nanti d'un gage le droit de rétention comme sa garantie première et le moyen le plus sûr d'obtenir son remboursement.

Seulement, ce droit ne serait rien ou du moins il serait gravement compromis si le créancier ne pouvait le défendre et le maintenir contre les détournements clandestins : de là, comme corollaire, le droit de revendication. Ainsi l'aubergiste dont le gage aurait été détourné clandestinement et à son insu pourra revendiquer la chose entre les mains

(1) *Voy.* Rouen, 16 messidor an 8.

(2) *Voy.* Grenier (t. II, n° 319), Delvincourt (t. III, p. 276), MM. Persil (art. 2102, § 5, n° 3), Dalloz (*loc. cit.*, n° 18), Duranton (t. XIX, n° 120), Zachariæ (t. II, p. 114), Troplong (n° 206), Valette (n° 70).

(3) Ferrière (*loc. cit.*, n° 4).

de tous tiers possesseurs et en quelque lieu qu'il la trouve. Notre article, qui consacre ce droit en faveur du locateur (*suprà*, n° 130), n'en dit rien, à la vérité, à l'égard de l'aubergiste. Mais le droit de celui-ci n'en est pas moins certain : il découle, comme celui du créancier gagiste, de l'art. 2279 du Code Napoléon, et c'est là un avantage, puisque l'action en revendication, au lieu de se renfermer dans le court délai assigné au locateur par notre article, subsistera, comme celle qui est accordée au créancier gagiste, pendant l'espace de trois ans dont parle l'art. 2279 (1). On appliquera ici les observations présentées plus haut (*voy*. n° 137) à l'occasion du créancier gagiste.

XIII.—168. *Frais de voiture et dépenses accessoires*.—Dans les principes de la législation romaine, le voiturier avait sur la chose voiturée une hypothèque primant les hypothèques antérieures, et qui procédait, d'après les uns, de la loi elle-même par laquelle cette hypothèque aurait été établie, et d'après d'autres, en plus grand nombre, du consentement du propriétaire, ou d'une convention entre le propriétaire et le voiturier, convention ou consentement que la loi aurait sanctionné en déclarant l'hypothèque privilégiée (2). Notre article consacre la même idée, qui, du reste, avait été admise dans l'ancienne jurisprudence française (3), en plaçant parmi les créances privilégiées « les frais de voiture et les dépenses accessoires, sur la chose voiturée. » Ainsi, d'abord, le privilége a pour objet de garantir non-seulement les frais de voiture, mais encore les dépenses accessoires, c'est-à-dire tout ce que le voiturier a dépensé pour la chose; par exemple, pour les réparations en cas d'avarie, pour les droits de douane, les droits d'octroi et autres semblables. — Ensuite le privilége est accordé au voiturier, c'est-à-dire à celui qui transporte la chose, soit par terre, soit par eau, car la loi ne fait aucune distinction; mais il n'est accordé qu'à lui, et la Cour de Nîmes a jugé avec une exactitude parfaite que celui qui a loué à un voiturier par eau, son travail et ses chevaux pour la remonte d'un bateau chargé de marchandises, n'a pas privilége sur les marchandises transportées, pour le payement de son salaire et du louage de ses chevaux (4). — Enfin, le privilége grève la chose même dont le transport a été confié au voiturier; mais la chose n'est grevée que jusqu'à concurrence des frais de voiture et dépenses accessoires occasionnés par son propre transport, et elles ne répondent en aucune manière de la créance due au voiturier pour des voyages précédents (5). Sur tout ceci, il n'y a pas, à vrai dire, de difficulté.

169. Mais un dernier point est, au contraire, gravement controversé; c'est celui de savoir si le privilége du voiturier est subordonné au fait de la possession, comme celui du locateur, du créancier gagiste, de

(1) Conf. M. Valette (n° 70). — *Voy*. cependant M. Mourlon (n° 144).
(2) *Voy*. l. 6, § 2, ff. *qui pot. in pign*. — *Voy*. aussi M. Valette (n° 71).
(3) *Voy*. Pothier (*Proc. civ.*, n° 486).
(4) Nîmes, 12 août 1812.
(5) *Voy*. Rouen, 5 juin 1847 (Dev., 49, 2, 273), et aussi Req., 18 mai 1831 (Dev., 31, 1, 220). — Conf. M. Troplong (n° 207 *bis*). — *Voy*. cependant Req., 18 juill. 1819.

l'aubergiste, et si, comme ceux-ci, le voiturier est privé de son privilége lorsqu'il se dessaisit volontairement de la chose par lui voiturée en la livrant au destinataire. A cet égard, quelques auteurs, dont l'opinion est fort grave, se prononcent pour la négative : ils estiment que le privilége subsiste après la dépossession, et accordent au voiturier qui s'est dessaisi un délai pour se présenter de nouveau au lieu où les marchandises ont été déposées, et réclamer le payement des frais de voiture, comme créancier privilégié, aux termes de notre article (1). La Cour de Paris s'est prononcée aussi en ce sens (2). Et, nous l'avouons, des considérations de fait très-puissantes auraient pu déterminer le législateur à le décider ainsi. M. Pardessus a très-bien dit, et M. Troplong a dit aussi, après M. Pardessus, qu'on ne peut exiger du voiturier qu'il réclame à l'instant son payement et le frapper de déchéance parce qu'il aurait omis de le réclamer; que les convenances commandent quelques égards, que les circonstances exigent quelques délais, et que la nécessité des vérifications ne permet pas qu'on le paye à l'instant. Ces considérations, admises comme décisives, se sont traduites en dispositions législatives dans quelques codes étrangers; ainsi, le code sarde, dans son art. 2157, et, depuis, la loi belge du 16 décembre 1851, dans son art. 20, expriment que « les frais de voiture et les dépenses accessoires sont privilégiés, sur la chose voiturée, pendant que le voiturier en est saisi, *et pendant les vingt-quatre heures qui suivront la remise au propriétaire ou au destinataire*, pourvu que ceux-ci en aient conservé la possession (3). »

Mais notre article ne dit rien de semblable; il n'exprime pas, à la vérité, que le voiturier doit être nanti pour qu'il puisse exercer son privilége; mais les principes généraux conduisent nécessairement à la perte ou à l'extinction du privilége par le fait de la dépossession. Il n'en est pas autrement, en effet, de la créance du voiturier que de celle de l'aubergiste : elle se rattache à l'idée de gage tacite, comme M. Troplong le reconnaît d'ailleurs lui-même, dans son *Commentaire sur le Nantissement* (4). Or, selon la règle ordinaire, en matière de gage, le créancier gagiste ne conserve son privilége qu'en se maintenant en possession. Ainsi en est-il de l'aubergiste, vis-à-vis duquel notre article ne parle pas non plus de la nécessité de la possession, et qui cependant, de l'aveu de tous les auteurs, est déchu de son privilége lorsqu'il se dessaisit volontairement de la chose grevée. Il est donc raisonnable de penser que la règle doit agir de la même manière vis-à-vis du voiturier. C'est l'avis qui prévaut en doctrine (5) et en juris-

(1) *Voy*. Pardessus (t. IV, n° 1205) et MM. Duranton (t. XIX, n° 134), Troplong (n° 207), Mourlon (n° 144), Taulier (t. VII, p. 159).

(2) *Voy*. Paris, 2 août 1809.

(3) *Voy*. le *Comment. législatif* de M. Delebecque (p. 103, 115 et 116).

(4) M. Troplong (*Du Nantissement*, n° 43).

(5) *Voy*. Tarrible (*Rép. de Merlin*, v° Priv., sect. 1, § 4), Delvincourt (t. III, p. 115, note 3), MM. Persil (art. 2102, § 6, n° 1), Dalloz (*loc. cit.*, n° 21), Zachariæ (t. II, p. 114), Valette (n° 73), et G. Massé (t. VI, n° 477), où il rétracte l'avis par lui émis précédemment en sens contraire.

prudence (1); et cet avis paraît bien conforme à l'intention probable du législateur, car s'il eût entendu accorder le privilége au voiturier, même après la dépossession, il n'eût pas manqué de fixer un délai pendant lequel le privilége pourrait être exercé, comme l'ont fait les législations étrangères dont nous parlions tout à l'heure, et comme l'a fait notre législation elle-même, en organisant le privilége du capitaine sur le fret, lorsqu'elle a dit que le capitaine est préféré, pour son fret, sur les marchandises de son chargement, *pendant quinzaine après leur délivrance*, si elles n'ont passé en mains tierces. (Voy. *suprà*, n° 101.)

Toutefois, nous le répétons, c'est là un droit rigoureux, et, par ce motif même, il faut prendre garde, dans l'application, à ne considérer le privilége du voiturier comme définitivement éteint que dans le cas où la dépossession est complète et bien réelle. En ce sens, on ne peut qu'approuver un arrêt de la Cour de cassation, duquel il résulte que la marchandise peut être considérée comme n'ayant pas cessé de rester en la possession du voiturier, lorsque s'agissant, par exemple, de bois voiturés par eau et empilés sur le port, il est reconnu que ce port est un entrepôt commun où la marchandise est conservée (2). Dans ce cas, en effet, et dans les cas analogues, la marchandise est là, à la disposition de tous, et par conséquent, non-seulement à la disposition du propriétaire pour la mise en vente, mais encore à la disposition du voiturier pour l'exercice de son privilége.

XIV. — 170. *Priviléges sur les cautionnements de certains fonctionnaires publics.* — A toutes les époques, et, pour ainsi dire, dans tous les Etats, le législateur a senti la nécessité de prémunir les particuliers et le Trésor public lui-même contre les abus ou les infidélités des comptables et de certains fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions. De là le cautionnement dont le versement est exigé de ces fonctionnaires comme une condition nécessaire et préalable à la prise de possession de leurs fonctions. Les comptables qui sont soumis à cette loi, nous les avons indiqués déjà dans notre commentaire de l'art. 2098, et nous savons que ce sont tous ceux qui, opérant des recettes et effectuant des payements, ont le maniement des deniers du Trésor. (Voy. *suprà*, n° 39.) Quant aux autres fonctionnaires, ce sont, notamment, les avocats à la Cour de cassation, les notaires, les avoués, les greffiers, les huissiers, les commissaires-priseurs, etc.

Mais ce n'était pas tout d'exiger le cautionnement, il fallait en affecter le montant d'une manière spéciale à la protection des intérêts que l'institution même du cautionnement avait en vue de rassurer. Ainsi a fait le législateur. En effet, notre article, confirmant d'ailleurs en ceci une disposition préexistante dans des lois particulières (l. 21 ventôse an 7, art. 8, et l. 25 ventôse an 11, art. 33), et généralisant cette disposition, termine la série des priviléges spéciaux sur certains meubles, en nous disant que « les créances résultant d'abus et de prévarications

(1) Req., 13 avril 1840; Rouen, 23 mars 1844 (*J. P.*, 1844, t. I, p. 617).
(2) *Voy.* l'arrêt du 13 avril 1840 cité à la note précédente.

commis par les fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions sont privilégiées sur les fonds de cautionnements et sur les intérêts qui peuvent en être dus. » Ici la loi a particulièrement en vue le cautionnement des fonctionnaires et des officiers publics autres que les comptables. Mais ce n'est pas à dire que les cautionnements des comptables soient affranchis du privilége du Trésor; tout au contraire, la loi spéciale du 5 septembre 1807, que nous avons expliquée dans notre Commentaire de l'art. 2098, atteint aussi les fonds du cautionnement qu'elle soumet au privilége du Trésor public (art. 3), en sorte que le Trésor est prémuni, contre les abus et malversations que ses préposés pourraient commettre dans leur gestion, par un privilége qui affecte : 1° tous les biens meubles du comptable; 2° les immeubles acquis à titre onéreux depuis sa nomination, soit par lui, soit par sa femme, même séparée de biens; 3° enfin, les fonds de son cautionnement. Nous n'avons plus à insister sur ce dernier point, après les observations que nous avons présentées plus haut (*voy.* n° 40 et suiv.); et nous venons à l'objet spécial de notre article.

171. La créance qu'il garantit est, comme il l'exprime lui-même, celle qui résulte d'abus et de prévarications commis par les fonctionnaires publics dans l'*exercice de leurs fonctions*, ou, pour nous servir de l'expression consacrée par l'usage, la créance garantie est celle qui résulte d'*un fait de charge*. La difficulté a consisté, dans les premiers temps, à discerner ce qui constitue un fait de charge donnant naissance à une créance privilégiée de tout autre fait d'où résulterait une créance simplement chirographaire. Mais cette difficulté n'en est plus une, et l'idée qui se dégage nettement de la jurisprudence à cet égard, c'est que les faits de charge, donnant lieu au privilége, s'entendent seulement des faits rentrant dans l'exercice légal et obligé des fonctions ou du ministère des fonctionnaires publics ou de l'officier ministériel, et qu'il n'y a pas fait de charge dans le fait, quelque dommageable qu'il soit, dès qu'il est le résultat d'une confiance volontaire accordée à l'officier public ou ministériel (1).

Du reste, l'Etat, considéré comme Etat, n'a aucun intérêt à l'établissement du cautionnement fourni par les officiers publics dont il s'agit ici, et, sous ce rapport, ce cautionnement diffère de celui des comptables dont nous parlions tout à l'heure; c'est dire que l'Etat n'a pas, en principe, de privilége sur ce cautionnement. Toutefois, s'il avait eu recours, comme partie privée, au ministère ou aux fonctions des officiers publics ou ministériels dont nous parlons, il ne serait pas de moins bonne condition que les simples particuliers eux-mêmes, et la créance qui pourrait résulter en sa faveur du fait de l'officier public ou ministériel serait privilégiée, en tant que le fait constituerait un fait de charge.

(1) *Voy.* Paris, 14 mai 1832 et 4 mars 1834; Rouen, 15 fév. 1838; Toulouse, 15 mai 1844; Req., 14 mars 1849; Douai, 20 mai 1849; Nîmes, 13 fév. 1851; Bourges, 6 mai 1851; Paris, 11 mars 1852; Lyon, 20 avril 1852; Paris, 15 nov. 1853; Cass., 18 janv. 1854 (Dev., 54, 1, 198, et 2, 206).

Quant aux condamnations que la régie pourrait obtenir contre un officier public ou ministériel et aux amendes qu'elle aurait fait prononcer contre eux, la créance en est aussi privilégiée, aux termes de la loi du 25 ventôse an 11, dont l'art. 33 affecte le cautionnement des notaires spécialement à la garantie des *condamnations* qui peuvent être prononcées contre eux par suite de l'exercice de leurs fonctions. La généralité du mot *condamnation* ne permet pas de distinguer, au moins quant aux notaires, entre celles qui prononcent une amende au profit du fisc et celles qui sont prononcées pour faits de charge. Et, sous ce rapport, le privilége dont il s'agit ici diffère de celui qui a été établi par la loi spéciale du 5 septembre 1807 pour le recouvrement des frais de justice en matière criminelle. (Voy. *suprà*, n° 45.) Pourtant, le droit des créanciers pour fait de charge affecte les fonds de cautionnement d'une manière tellement absolue, que la régie ne peut nuire à l'exercice de ce droit, et que, si elle est privilégiée pour le recouvrement de l'amende sur le cautionnement, elle ne l'est qu'en seconde ligne et vient seulement quand les créanciers pour fait de charge sont désintéressés (1).

172. Le privilége affecte, non point la charge elle-même (2), mais les fonds du cautionnement et les intérêts qui en peuvent être dus; il affecte le cautionnement d'une manière pour ainsi dire instantanée, en ce sens que le créancier qui a obtenu des condamnations contre un fonctionnaire public peut saisir et se faire remettre les deniers formant le cautionnement, sans que les tribunaux puissent retarder le versement entre les mains du créancier saisissant, jusqu'après l'événement du décès ou de la démission du fonctionnaire (3). Le privilége affecte aussi le cautionnement d'une manière complète, en ce sens que tous les fonds qui le constituent se trouvent grevés. La Cour de cassation a décidé même que les sommes versées au Trésor par un percepteur des contributions directes exerçant en même temps les fonctions de receveur municipal d'une commune, pour garantie de sa double gestion, ne constituent qu'un cautionnement unique dont la totalité, en cas de déficit dans la caisse municipale, est affectée par privilége à la créance de la commune, en vertu de la dernière disposition de notre article (4).

173. Ce privilége, que la qualité seule de la créance fait acquérir, se conserve par des précautions nombreuses indiquées dans les art. 2, 5 et 6 de la loi du 25 nivôse an 13, sur les mesures relatives au remboursement des cautionnements. Nous y renvoyons le lecteur.

174. Indépendamment du privilége dont nous venons de parler, il en est un autre qui grève le cautionnement des officiers publics et ministériels en faveur des bailleurs de fonds. Déjà, lors de la rédaction

(1) *Voy.* Cass., 7 mai 1816; Paris, 21 janv. 1837. — *Voy.* aussi Loyseau (*Des Offices*, liv. 1, ch. 4, n° 65), Basnage (*Des Hyp.*, ch. 13).
(2) Req., 30 mars 1831.
(3) Cass., 4 fév. 1822. — Conf. M. Duranton (t. XIX, n° 138).
(4) Req., 5 déc. 1843 (Dall., 44, 1, 65).

de notre article, on proposait d'affecter les cautionnements à ce second privilége. La proposition fut écartée alors, entre autres motifs, parce que, si la disposition était insérée dans le Code Napoléon, elle deviendrait une règle absolue et gênerait les opérations de la Caisse d'amortissement, qui n'avait pas de bureau d'opposition (1). Mais il fut entendu que la proposition serait reprise. Elle a été reprise, en effet, à l'occasion de la loi précitée du 25 nivôse an 13, dont l'art. 1er, après avoir confirmé l'affectation qui fait l'objet de notre article, ajoute que les cautionnements sont affectés « par second privilége au remboursement des fonds qui auraient été prêtés aux titulaires pour tout ou partie de leur cautionnement, et subsidiairement au payement, dans l'ordre ordinaire, des créances particulières qui seraient exigibles sur eux. » Le motif et la destination de ces emprunts devaient placer les prêteurs dans une classe particulière. « Ce n'est évidemment, comme l'exprimait l'exposé des motifs de la loi, qu'à la garantie de la gestion de leur débiteur que les prêteurs affectent leur propriété; ce n'est que de la moralité de cette gestion qu'ils veulent répondre; la nature de leur contrat les distingue des créanciers ordinaires; la loi doit donc établir une distinction entre leur droit spécial et le droit *commun* des autres créanciers. » Depuis, et en 1842, on a voulu supprimer ce privilége de second ordre, en ce que, disait-on, il en serait résulté des complications et des abus, ainsi que l'affaiblissement des garanties de la solvabilité personnelle du titulaire par la substitution de prêteurs particuliers. Un article en ce sens avait été inséré dans le projet de la loi des comptes de 1840; mais la commission de la Chambre ne regarda pas les embarras allégués comme nécessitant, d'une manière absolue et urgente, l'abrogation, en ce point, de la loi du 25 nivôse an 13 et des décrets qui en ont été la conséquence. L'article fut donc supprimé du projet, et le privilége de second ordre s'est maintenu dans la législation. Nous n'avons pas à insister ici sur les difficultés particulières qui se rattachent à cette matière; il nous suffit d'avoir indiqué, au point de vue de notre sujet, que ce privilége ne vient qu'en second ordre sur le cautionnement, et d'ajouter que les justifications à faire pour prouver le prêt sont réglées, outre la loi précitée, par les décrets des 28 août 1808 et 22 décembre 1812, auxquels nous renvoyons le lecteur.

§ 3. — Du classement des priviléges sur les meubles.

2096. — Entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des priviléges.

2097. — Les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang, sont payés par concurrence.

---

(1) *Voy.* Fenet (t. XV, p. 355).

SOMMAIRE.

I. Transition. En matière de priviléges, il n'y a pas seulement à déterminer les créances privilégiées, il faut, en outre, s'occuper du classement des priviléges lorsqu'ils viennent en concours. Nos articles sont relatifs à ce dernier objet; mais ils diffèrent des articles dont le commentaire précède, en ce que, au lieu de tout préciser limitativement, ils se bornent à poser un principe. Que la loi a procédé sagement en posant ce principe, au lieu de tenter un classement général des priviléges. — Du reste, le principe est commun aux priviléges sur les meubles et aux priviléges sur les immeubles. — Mais il n'est question ici que des premiers. — Renvoi quant aux derniers.

II. Classement des priviléges sur la généralité des meubles lorsqu'ils concourent entre eux. L'ordre, dans ce cas, a été réglé par la loi elle-même. — Renvoi à l'art. 2101. — Toutefois cet ordre a été modifié en quelques points par plusieurs des lois spéciales qui ont établi des priviléges généraux sur les meubles en faveur du Trésor public. — En quoi consistent les modifications. — Classement des priviléges généraux d'après l'art. 2101 et ces lois spéciales combinés.

III. Classement, dans le cas de concours entre des priviléges sur la généralité des meubles et des priviléges sur certains meubles. — La loi ne fixe pas l'ordre dans ce cas; mais le principe de l'art. 2096 détermine la préférence en faveur des priviléges sur la généralité des meubles. — Controverse. — Du reste, les priviléges généraux doivent s'exercer par préférence sur les meubles libres, de manière à ce que la charge porte sur les créanciers chirographaires plutôt que sur les créanciers nantis d'un privilége spécial. — Des frais de justice; dans quelle mesure ils priment les priviléges spéciaux : application aux frais de scellés et d'inventaire.

IV. Classement des priviléges sur certains meubles lorsqu'ils concourent entre eux. — L'ordre est réglé exceptionnellement par la loi dans quelques cas particuliers. — Examen de ces cas et développements. — Application du principe posé par l'art. 2096 au cas de concours autres que ceux prévus par le législateur.

V. Du cas où, parmi les priviléges en concours, il s'en trouve plusieurs auxquels le même rang doit être appliqué. — Application de l'art. 2097. En quel sens il faut entendre la règle. Développements.

I. — 175. Ces articles, dont nous avons réservé le commentaire (*voy.* n° 27), ouvrent un nouvel ordre d'idées. Jusqu'ici nous nous sommes borné à la détermination des créances privilégiées, soit sur la généralité des meubles, soit sur certains meubles spécialement, ce qui n'est que l'un des deux éléments nécessaires, l'un des deux côtés de la matière des priviléges. Voici que nous abordons le second, qui est la fixation de l'ordre dans lequel les créances privilégiées doivent être colloquées dans les distributions où elles viennent en concours. Ici, remarquons-le tout d'abord, le procédé de la loi et son système diffèrent essentiellement de la règle absolue qui a dominé jusqu'ici. Dans la détermination des créances privilégiées, tout est de droit étroit et rigoureux, nous l'avons dit à chaque pas dans le commentaire des articles qui précèdent; les créances privilégiées sont celles auxquelles la loi elle-même attache un privilége; toute créance, si favorable qu'on puisse la supposer, sera simplement chirographaire, si elle n'est pas comprise dans l'énumération que le législateur a donnée des créances privilégiées : ainsi la loi a tout dit dans cette partie de son sujet, tout ce qu'elle a voulu dire, et l'interprétation ne peut rien ajouter à ce qu'elle a dit. Au contraire, dans le classement des priviléges, auquel nous voici arrivé, la loi, sauf quel-

ques classements particuliers que nous avons indiqués déjà (*voy*. nos 64 et 111), et dont nous parlerons avec plus de développement bientôt (*voy*. nos 180 et suiv.), se borne à poser le principe consacré par nos articles, à savoir que, entre créances privilégiées, le rang ou la préférence est déterminé par la qualité ou par la cause de la créance, et par là elle met tout ou à peu près tout dans le domaine de l'appréciation.

Quelques auteurs reprochent à la loi d'avoir failli, en ce point, à l'accomplissement de sa tâche. Quel est, disent-ils, le degré de faveur mérité par chacun des créanciers privilégiés? Comment effectuer un pareil règlement, si ce n'est par voie de disposition législative? En abandonner le soin à la pratique ou même à une interprétation plus ou moins habile de textes épars, n'est-ce pas livrer les intérêts des créanciers à l'arbitraire des opinions, des sentiments, et presque des penchants personnels du jurisconsulte ou du magistrat? Il fallait donc que le législateur s'expliquât sur ce point d'une manière complète, et il n'a rempli sa tâche qu'à moitié lorsque, après avoir énuméré limitativement les créanciers privilégiés, il a laissé à l'interprétation le soin de régler le classement des créances privilégiées, c'est-à-dire d'atteindre le second but, non moins essentiel que le premier, que doit se proposer toute bonne loi sur la matière des priviléges (1). Ces idées, du reste, ont dominé et prévalu en Belgique dans la discussion de la loi qui a modifié le régime hypothécaire de ce pays : aussi voit-on que cette loi, du 16 décembre 1851, consacre une portion de la section des priviléges sur les meubles (le § 3) *au rang des priviléges mobiliers en cas de concours entre eux* (2).— D'autres auteurs, au contraire, ont approuvé la loi de sa réserve; ils ont pensé que le degré de faveur qui s'attache à la cause des priviléges est variable suivant les espèces et les différentes positions des créanciers; que telle créance, qui en prime une autre dans tel cas, est primée par celle-ci dans tel autre concours de circonstances qui peut se présenter. Et ils ont conclu que le législateur avait pu se dispenser d'entrer dans le détail de toutes ces combinaisons d'intérêt qui souvent ne sont que le pur effet du hasard (3), et que même il avait agi avec prudence en laissant ce soin à l'interprétation, en ce que l'erreur, si facile dans les appréciations de cette nature, est isolée et passagère quand elle émane de l'interprétation du juge, et n'a pas dès lors les conséquences graves qu'elle produit lorsqu'elle est dans la loi, qui, elle, dispose d'une manière permanente et générale.

Quant à nous, il nous semble que le système de la loi trouve sa justification la plus parfaite dans l'état actuel de la doctrine sur cette question si ardue du concours entre elles des créances privilégiées. Certes, quand tous les efforts des jurisconsultes n'ont abouti qu'à une impossibilité constatée de se rencontrer, non pas seulement sur la solution

---

(1) *Voy*. M. Valette (n° 108), Dalloz (*loc. cit.*, sect. 3, *Observat. prélimin. sur l'art.* 1er).

(2) *Voy*. les art. 21, 22, 23, 24, 25 et 26, dans le *Comment. législ.* de M. Delebecque (p. 116 et suiv.).

(3) *Voy*. Grenier (t. II, n° 294) et M. Troplong (n° 29).

des difficultés de détail que présente la matière, mais encore sur quelques principes susceptibles au moins de servir de guide, il est difficile de ne pas reconnaître que les circonstances ici doivent à chaque pas fournir la raison décisive des choses, et dès lors que, sauf quelques points particuliers sur lesquels la loi pouvait statuer, le classement des priviléges est une matière que le législateur ne devait pas réglementer. Il suffisait de poser une règle générale et d'en laisser ensuite l'application au juge, sauf à lui à tenir compte des circonstances qui, en variant les espèces, doivent modifier les solutions. C'est cette règle que nous donnent nos articles quand ils nous disent que le rang des priviléges est déterminé par la qualité ou par la cause de la créance et que lorsque, parmi les priviléges qui viennent en concours, il en est dont la qualité ou la cause est égale ou aussi favorable, les créanciers nantis de ces derniers priviléges doivent être payés par concurrence.

Cette règle est commune aux priviléges sur les meubles et aux priviléges sur les immeubles. Toutefois, nous réservons les applications dont elle est susceptible par rapport aux priviléges sur les immeubles pour notre commentaire de l'art. 2103 : quant à présent, nous nous occuperons limitativement des priviléges mobiliers, soit qu'ils affectent la généralité des meubles, soit qu'ils grèvent certains meubles spécialement.

II. — 176. Lorsque les priviléges concourant entre eux se rattachent tous à des créances privilégiées sur la généralité des meubles (et subsidiairement sur les immeubles), le classement se fait sans aucune difficulté. La loi, déduisant elle-même la conséquence de la règle posée dans l'art. 2096, détermine, d'après la faveur de la créance, le rang qui doit être assigné à chacune de celles qu'il énumère. Peut-être en un point seulement pourrait-on critiquer l'ordre qu'elle a établi; peut-être pourrait-on dire qu'une interversion serait nécessaire entre le privilége pour fournitures de subsistances et celui des gens de service pour leur salaire, et que les domestiques eux-mêmes ayant été nourris par les fournisseurs et participé à la consommation des subsistances (voy. *suprà*, n° 92), il eût été équitable de donner aux fournisseurs, qui ne viennent qu'en cinquième ligne, le quatrième rang, qui a été donné aux gens de service. Cependant, en y regardant de près, on voit que la cause des domestiques a été sainement appréciée par la loi, et que la préférence dont ils ont été l'objet par rapport aux fournisseurs repose sur les données les plus exactes de l'équité. Le domestique qui continue ses services au maître, même atteint dans sa fortune, cède à un sentiment d'humanité que la loi devait encourager. D'un autre côté, sa créance est nécessairement peu considérable, et rarement, comme nous l'avons exprimé dans notre commentaire de l'art. 2101, il possède autre chose que son salaire pour les besoins de sa vie. Il ne fallait donc pas l'exposer à perdre ce salaire en faisant passer avant lui les fournisseurs auxquels sa créance modique causera peu de tort, et qui, d'ailleurs, n'auront jamais, en raison de leur position même, à redouter, comme lui, les suites de l'insuffisance du gage et de l'insolvabilité du

débiteur. Le classement des priviléges généraux, tel qu'il a été réglé par l'art. 2101, ne peut donc qu'être approuvé.

177. Mais ce classement a été modifié. Les lois spéciales auxquelles se réfère l'art. 2098, et dont nous avons présenté le commentaire à l'occasion de cet article (voy. *suprà*, nos 28 et suiv.), ont créé en faveur du Trésor public des priviléges généraux dont plusieurs viennent s'intercaler dans ceux qu'énumère notre article. Ces priviléges généraux sont : 1° le privilége de la douane, organisé par les lois des 6-22 août 1791 et 4 germinal an 2 (*suprà*, nos 30 et suiv.); 2° le privilége de la régie des contributions indirectes établi par le décret du 1er germinal an 13, et qui est en tout conforme à celui de la douane (*suprà*, nos 35 et suiv.); 3° le privilége organisé par la loi du 5 septembre 1807 en faveur du Trésor public sur les biens des comptables, lequel privilége a été étendu plus tard, par l'avis du conseil d'Etat, du 25 février 1808, au Trésor de la couronne (voy. *suprà*, nos 38 et 41); 4° le privilége résultant, en faveur du Trésor, d'une autre loi en date de ce même jour, 5 septembre 1807, pour les frais de justice criminelle (*suprà*, nos 43 et suiv.); 5° le privilége établi par la loi du 12 novembre 1808, en faveur du Trésor, pour le recouvrement des contributions directes (*suprà*, nos 50 et suiv.); 6° enfin, le privilége résultant, encore en faveur du Trésor, de la loi des finances du 28 avril 1816, pour droits et amendes en matière de timbre (*suprà*, n° 54). Toutefois, ces priviléges généraux sur les meubles ne modifient pas, tous, l'ordre établi par l'art. 2101 entre les priviléges du même genre qu'il énumère. Les lois spéciales dans lesquelles ils prennent leur origine, et qui ont pris le soin de les classer, n'altèrent cet ordre qu'en faveur : 1° du privilége pour la rentrée des contributions directes qui, dans les termes de la loi du 12 novembre 1808, doit s'exercer *avant tout autre*, sauf celui des frais de justice (voy. *suprà*, n° 53); 2° du privilége pour droits et amendes en matière de timbre, que la loi de 1816 assimile complétement au précédent; 3° et du privilége de la régie des contributions indirectes dont la créance, d'après le décret du 1er germinal an 13, est préférée à toutes autres, à l'exception des frais de justice, de celle des contributions directes, de ce qui est dû pour six mois de loyers seulement, et sauf aussi la revendication dûment formée par les propriétaires des marchandises en nature qui sont encore sous balle et sous corde (*suprà*, n° 35). Quant aux autres priviléges du Trésor, ils laissent subsister l'ordre établi par l'art. 2101, les lois spéciales qui les établissent ayant classé les uns, comme celui de la douane, immédiatement après les priviléges généraux énumérés dans cet article, et les autres non-seulement après les priviléges généraux de l'art. 2101, mais encore après tous les priviléges spéciaux de l'art. 2102 (voy. *suprà*, nos 33, 41, 43 et 46). — Que ces dispositions, notamment dans le point où elles affectent l'ordre établi par l'art. 2101, soient équitables sous tous les rapports, nous ne voudrions pas le soutenir. Et, par exemple, si nous admettons que la raison d'Etat doive faire absoudre la loi du 12 novembre 1808 d'avoir donné rang au privilége de

la régie des contributions directes immédiatement après les frais de justice (*suprà*, n° 53) (1), nous ne pouvons pas admettre que le décret du 1er germinal an 13 ait été également bien inspiré lorsqu'il a donné à la créance de la régie des contributions indirectes le pas sur les créances de l'art. 2101, dont le privilége a sa cause dans la nécessité, dans le respect pour la mémoire des morts, dans l'humanité, dans un sentiment de protection, en un mot dans les considérations de l'ordre le plus élevé, et par conséquent les plus susceptibles, par leur nature, d'appeler la faveur de la loi : à peine concevrait-on que, par assimilation à la créance de la douane qui, cependant, dans la vérité des choses, a droit à plus de faveur, la créance de la régie des contributions indirectes eût été colloquée, comme celle-ci, à la suite des créances énumérées dans l'art. 2101. Mais, enfin, la loi en a disposé autrement, et comme il s'agit ici de l'appliquer et non de la refaire, il faut en suivre les dispositions. Concluons donc que de la combinaison de l'art. 2101 avec les lois spéciales que nous venons de rappeler, il résulte que les créances privilégiées sur la généralité des meubles sont : 1° les frais de justice ; 2° la créance des contributions directes; 3° les droits et amendes en matière de timbre; 4° la créance des contributions indirectes (sauf préférence pour les loyers de six mois); 5° les frais funéraires; 6° les frais de dernière maladie; 7° les salaires des gens de service; 8° les fournitures de subsistances; et 9° la créance de la douane (2). Tel est l'ordre établi par la loi; et comme ici la loi a tout fait, comme elle a voulu non-seulement créer le privilége, mais encore lui assigner son rang, il est clair que, dans ce premier cas de classement, où nous supposons que tous les créanciers présents sont privilégiés sur la généralité des meubles, il n'y aura pas de conflit possible : l'énumération qui précède reproduit le classement tel qu'il résulte des textes; l'ordre en devra donc être suivi.

III. — 178. Maintenant, supposons que des créanciers de cette catégorie se trouvent en concours avec d'autres créanciers dont le privilége porte seulement sur certains meubles. Comment se fera le classement entre eux? Ici, la loi est muette, et peut-être n'y a-t-il pas, dans la matière des priviléges, de question qui ait donné lieu à plus de divergences. Trois systèmes principaux sont en présence. Le premier, prenant pour base la cause même de la créance et le texte de l'art. 2105, pose en thèse absolue la prééminence des priviléges généraux vis-à-vis des priviléges spéciaux (3); le second, également

(1) *Voy.* Grotius (*De jure pacis et bellis*, lib. 1, c. 1, n° 6). — Toutefois, M. Troplong critique la loi même en ce point (*voy.* n° 33).

(2) Nous laissons volontairement à l'écart les deux priviléges établis en faveur du Trésor public par les deux lois du 5 septembre 1807, parce que, quoique généraux sur les meubles, ils ne sont classés, comme nous venons de le dire, qu'après les priviléges spéciaux de l'art. 2102 (voy. aussi *infrà*, n° 180).

(3) *Voy.* Maleville (art. 2102), Tarrible (*Rép. de Merlin*, v° Privilége, sect. 3, § 1), Favard de Langlade (*Rép.*, v° Privilége, sect. 3), Grenier (t. II, n° 298), Delvincourt (t. 3, p. 152, notes), MM. Troplong (n° 74), Chauveau et Carré (*Quest.* 2175 *et* 2177), E. Jay (*Revue crit.*, t. I, p. 110), le Menuet (*ibid.*, t. VII, p. 66). — *Voy.* aussi Li-

absolu, mais en sens inverse, donne la préférence aux priviléges spéciaux sur les priviléges généraux, et il s'appuie aussi sur la cause même des priviléges, d'une part, et, d'une autre part, sur quelques textes, notamment les art. 661 et 662 du Code de procédure civile, qui mettent le privilége du bailleur avant le privilége des frais de justice, c'est-à-dire un privilége spécial avant un privilége général, et même celui des priviléges généraux qui prime tous les autres (1); le troisième enfin, ne tenant compte ni de la généralité ni de la spécialité des priviléges, les prend tous dans l'ensemble, les compare les uns aux autres, et détermine le rang de chacun suivant le degré de faveur qui s'attache à chaque créance (2). Ce sont là, disons-nous, les trois systèmes principaux : c'est dire qu'il y en a d'autres encore; et, en effet, le dernier se subdivise à l'infini, ses partisans ne s'accordant que sur le principe et différant tellement sur les applications, qu'il existe, pourrait-on dire, autant de doctrines diverses qu'il y a d'autorités ayant accepté le principe qui le domine pour point de départ. Et, enfin, nous avons la doctrine de ceux qui voient dans ceci une question de fait plus que de droit, une question sur laquelle le législateur s'en serait remis à l'appréciation des tribunaux et leur aurait accordé un pouvoir souverain pour décider si les créances de l'art. 2101 sont, à raison de leur qualité, plus ou moins favorables que celles de l'art. 2102 (3).

Pour nous, ceci est une véritable question de droit et non pas une question de fait et de simple appréciation. La preuve bien évidente en est dans les arrêts de la Cour de cassation que nous citons à la note. Ainsi, lorsqu'en 1849 on déférait à cette Cour un jugement qui avait fait prévaloir le privilége du propriétaire à raison des loyers dus (privilége spécial) sur celui d'un marchand pour fournitures de subsistances (privilége général), la Cour rejeta bien le pourvoi; mais par quel motif? Fut-ce parce que les premiers juges avaient usé d'un pouvoir d'appréciation devant lequel la Cour suprême se trouvait désarmée? En aucune manière. Ce fut par des motifs de droit, par des considérations purement doctrinales; et bien qu'au fond ces considérations soient fort contestables (nous allons le voir bientôt), elles n'en démontrent pas moins que, dans la pensée de la Cour et dans la vérité des choses, il y a ici une question sur laquelle les juges ne sont pas libres de leur appréciation et dont la solution relève essentiellement du pouvoir régulateur de la Cour suprême.

---

moges, 15 juill. 1813; Rouen, 12 mai 1828; Poitiers, 30 juill. 1830; Rouen, 30 juill. 1851 (*J. P.*, 1851, t. II, p. 111); Lyon, 10 janv. 1852 (*ibid.*, 1852, t. II, p. 664); Bordeaux, 12 avril 1853 (Dev., 53, 2, 444), Cass., 25 avril 1854 (*ibid.*, 54, 1, 369).

(1) *Voy.* Pigeau (t. II, p. 184), et MM. Persil (art. 2101 et *Quest.*, t. I, p. 59), Dalloz (*loc. cit.*, nº 10), Valette (nº 119). — *Voy.* aussi Paris, 27 nov. 1814; Lyon, 27 mars 1821; Rej., 20 août 1821; Lyon, 14 déc. 1825; Rouen, 17 fév. 1826; Paris, 25 fév. 1832; Lyon, 1er avril 1841; Rej., 20 mars 1849 (Dall., 49, 1, 250).

(2) *Voy.* MM. Demante (*Thémis*, t. VI, p. 255), Duranton (t. XIX, nº 203), Zachariæ (t. II, p. 217), Taulier (t. VII, p. 192). — *Voy.* aussi Rouen, 12 mai 1828, Caen, 8 mars 1838.

(3) *Voy.* M. Mourlon (p. 575, 617-624).

Nous laissons donc à l'écart le dernier des systèmes qui se sont produits sur notre question; et, choisissant entre les autres, nous estimons qu'il a été dans les vues du législateur de consacrer celui qui, en thèse absolue, fait prévaloir les priviléges généraux sur les priviléges spéciaux. Une chose nous frappe tout d'abord : c'est l'opinion de tous les jurisconsultes qui, après avoir concouru à la rédaction du Code Napoléon, ont ensuite commenté ou interprété ce Code dans leurs œuvres doctrinales. De tous ces jurisconsultes, il n'en est pas un qui refuse son appui à cette idée que les priviléges généraux de l'art. 2101 doivent primer les priviléges spéciaux de l'art. 2102; ainsi en est-il de Maleville, de Tarrible, de Grenier, de Favard! N'y a-t-il pas là quelque chose de bien significatif? Et quand ceux-là mêmes qui ont pris part à la discussion et à la rédaction de la loi se réunissent ainsi dans un même sentiment, quand ils viennent émettre, sur un point à interpréter, un avis conforme et parfaitement identique, ne faut-il pas conclure, pour ainsi dire, *à priori*, que la pensée qu'ils expriment avec cette unanimité est précisément celle dans laquelle la loi qu'ils expliquent a été conçue, discutée et votée?... Et puis, si de cette impression première on passe aux textes, en faisant abstraction des objections de détail par lesquelles cette difficulté d'interprétation a été obscurcie, est-ce que tout ne concourt pas à confirmer la conclusion que nous déduisons ici *à priori?* Notre art. 2096 pose une règle dont l'art. 2101 n'est après tout qu'une application : entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités de la créance. Or, conçoit-on de cause préférable à celle des créances énumérées dans l'art. 2101? Il y a d'abord les frais de justice, qui sont faits dans l'intérêt commun de tous les créanciers, et qui doivent être mis hors de procès, le premier rang leur étant assigné sans difficulté aucune dans tous les systèmes. Viennent ensuite les frais funéraires et ceux de dernière maladie, priviléges qui reposent sur une raison d'humanité évidente. Viennent enfin les salaires des gens de service et les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille, priviléges dont la cause est aussi dans la raison d'humanité, car ils ont pour but de donner au débiteur un crédit sans lequel il ne peut pourvoir aux premières nécessités de la vie, et font pour le débiteur valide précisément ce que fait l'un des priviléges de la précédente catégorie pour le débiteur en état de maladie. De tous ces frais, en un mot, la cause est si favorable qu'on peut dire, comme le disait d'ailleurs si heureusement la Cour d'Aix dans ses observations sur les projets de réforme de 1840 (1), qu'ils sont présumés faits *du consentement de tous les créanciers*, tant il est difficile de supposer qu'un créancier puisse ne pas vouloir que son débiteur soit secouru en cas de maladie, ou qu'il soit assez inhumain pour refuser à son débiteur en état de santé les moyens de pourvoir à son entretien et à sa vie. Ainsi le droit de priorité des priviléges généraux est dans la cause même des créances qu'ils garantissent, ce qui fait que ce droit procède directement du principe posé

(1) *Voy.* les *Documents* de 1844 (t. II, p. 3).

dans notre art. 2096. Et puis, ce droit est formellement reconnu dans l'art. 2105, que nous commenterons tout à l'heure. Quel est le cas prévu dans ce dernier article? C'est le concours des priviléges généraux, dont nous nous occupons, avec des priviléges spéciaux *sur les immeubles*. Et que dit la loi pour ce cas? Que la créance qui affecte spécialement les immeubles cède le pas aux créances garanties par un privilége général. Il n'en peut donc pas être autrement lorsque ces mêmes priviléges généraux se trouvent en concours avec des priviléges spéciaux *sur des meubles*. On a bien dit que les créances de l'art. 2101 sont modiques eu égard au prix des immeubles, et que dès lors elles ont pu être colloquées par préférence sur des valeurs immobilières, sans qu'on en doive induire la collocation, aussi par préférence, de ces mêmes créances sur un mobilier qu'elles pourraient absorber en entier ou en fort grande partie. Mais assurément le législateur ne s'est pas arrêté à cet aperçu qui, d'ailleurs, en fait, manque d'exactitude. Il n'en est pas de la propriété immobilière aujourd'hui comme il en a pu être autrefois; elle est infiniment morcelée, tellement morcelée que, suivant la statistique, les neuf dixièmes des ventes, qui chaque année se produisent au nombre d'un million, se font pour un prix qui n'atteint pas le chiffre de 1,200 fr. (1). L'argument par lequel on refuse la priorité aux priviléges généraux dans le cas de concours avec des priviléges spéciaux sur des meubles n'aurait donc pas moins de force dans le cas de concours de ces mêmes priviléges avec des priviléges limités aux seuls immeubles; et voilà pourquoi l'art. 2104, qui consacre formellement cette priorité dans ce dernier cas, doit amener par la seule force des choses à admettre la priorité dans le premier. C'est qu'en effet l'analogie est parfaite entre les deux situations. Et quand le législateur dit, par exemple, au vendeur d'un bien immobilier, ou aux architecte, entrepreneur, maçon, qui ont édifié, reconstruit ou réparé un immeuble, que leur droit, si favorable qu'il soit, devra s'incliner devant cet autre droit plus favorable encore des créanciers de l'art. 2101 venant réclamer le payement de leurs créances sur le bien immobilier que le premier a vendu ou dont les autres ont accru la valeur, nous demandons comment il se pourrait faire que le vendeur d'un meuble, ou l'ouvrier qui l'aurait réparé, fût de condition meilleure et primât au lieu d'être primé. C'est évidemment impossible : deux situations si parfaitement analogues ne sauraient aboutir à des résultats aussi complétement opposés.

Tout ceci prévaut, ce nous semble, sur les objections de détail (on pourrait dire, avec la Cour de Bastia (2), sur les objections *subalternes*) auxquelles s'attachent exclusivement les partisans de la doctrine contraire. Que s'il faut dire un mot de ces objections, et, en particulier, de celle à laquelle on paraît attacher le plus d'importance, nous voulons parler de l'objection tirée de l'art. 662 du Code de procédure, nous ferons remarquer qu'elle n'a pas, il s'en faut, la portée et la va-

(1) *Ibid.* (t. III, p. 534), et *Rev. crit.*, article de M. le Mesnot (t. VII, p. 85).
(2) *Ibid.* (t. II, p. 14).

leur qu'on lui prête. Et en effet, quelle est l'hypothèse de la loi? Nous l'avons indiquée dans notre commentaire de l'art. 2101 (voy. *suprà*, n° 67, *in fine*) : c'est celle d'un créancier privilégié, du bailleur, auquel on oppose la créance de frais de justice qui ne lui ont pas profité. Mais en quoi ceci peut-il atteindre le principe de priorité que la loi consacre formellement, à nos yeux, en faveur des priviléges généraux? En rien! L'art. 662 du Code de procédure se borne à distinguer, dans les frais de justice, frais garantis par un privilége général, ceux *qui profitent* au bailleur, c'est-à-dire à un créancier nanti d'un privilége spécial, et ceux *qui ont été sans utilité pour lui;* puis il ajoute que cette dernière portion des frais ne primera pas la créance du bailleur (ce qui est d'une justice parfaite et ce qui n'est que la déduction logique d'une règle déjà expliquée (*suprà*, n° 67), et à laquelle nous allons revenir tout à l'heure). Mais cet article ne dit pas que l'autre portion de frais, celle qui a profité au bailleur, celle qui se rapporte à ce référé que le bailleur est autorisé à introduire pour faire statuer préliminairement sur son privilége (art. 661), ne primera pas non plus sa créance privilégiée. C'est là pourtant ce qu'il faudrait trouver dans l'art. 662 qu'on oppose, pour que sa disposition pût fournir un argument sérieux dans le sens où elle est invoquée. Ces objections ne peuvent donc ni détruire, ni même affaiblir les inductions tirées des art. 2096, 2101, 2105, combinés; et nous concluons en répétant que le droit de priorité, qui procède directement en faveur des priviléges généraux du principe posé par le premier de ces articles, se trouve reconnu et consacré aussi explicitement que possible dans le dernier. C'est, du reste, la doctrine vers laquelle incline visiblement aujourd'hui la Cour de cassation, qui, après s'être prononcée en faveur des priviléges spéciaux par son arrêt du 20 mars 1849, a dit, au contraire, dans l'arrêt récent du 25 avril 1854, rendu sous la présidence de M. Troplong, du jurisconsulte éminent qui prête à la priorité des priviléges généraux l'appui le plus solide et le plus énergique, « qu'aux termes des articles 2101 et 2105 du Code Napoléon, le privilége des frais de justice doit primer tous les autres priviléges généraux *ou spéciaux*, *non-seulement sur les meubles*, mais encore sur les immeubles à défaut de mobilier, » expressions qui, rapprochées de celles de l'arrêt attaqué devant la Cour suprême (1), indiquent par leur généralité même que la Cour n'a pas entendu restreindre son aperçu au seul privilége des frais de justice.

179. Mais, ce point établi, nous ajouterons deux observations comme tempéraments de droit et d'équité. L'une nous est suggérée par une ad-

(1) Cet arrêt est celui de Bordeaux, du 12 juin 1853, déjà cité, à l'une des notes qui précèdent, comme ayant consacré en thèse absolue la priorité des priviléges généraux. La cassation en a été prononcée par l'arrêt du 25 avril 1854, dont nous argumentons ici, mais sur un moyen qui ne touchait pas à la question de priorité. Et ceci donne plus de signification encore au motif ci-dessus transcrit de l'arrêt de cassation : il en résulte, ce nous semble, que, tout en prononçant la cassation, la Cour suprême a voulu manifester que, du moins sur la question de priorité, elle était d'accord avec l'arrêt cassé.

dition que le Tribunat proposait de faire à l'art. 2100, et qui aurait consisté à dire que « les priviléges généraux n'ont la préférence sur des meubles affectés à des priviléges particuliers que lorsque les autres meubles sont insuffisants pour les acquitter (1). » Cette disposition n'a pas été ajoutée à la loi; nous croyons cependant qu'il y a lieu de suivre le mode de distribution qu'elle signale. Sans rien préjuger ici sur une question du même genre que nous rencontrerons en traitant des hypothèques, la question du concours des hypothèques générales avec des hypothèques spéciales, laquelle se résout par des principes qui lui sont propres, on peut dire, avec le Tribunat expliquant et justifiant sa proposition, qu'il semble juste, si les meubles libres suffisent pour désintéresser les créanciers nantis de priviléges généraux, que les meubles grevés de priviléges spéciaux soient réservés pour les créances dont ils sont le gage spécial (2). Ajoutons que s'il en était autrement, s'il était permis au privilége général de laisser à l'écart les meubles libres et de se venger à son choix sur les meubles grevés, la distribution pourrait faire l'affaire des créanciers chirographaires sur lesquels doit peser, en définitive, la charge des priviléges.

Quant à notre seconde observation, elle est plus particulièrement relative aux frais de justice, et nous la faisions pressentir tout à l'heure : ces frais, comme nous l'avons dit plusieurs fois déjà (*voy.* n° 67 et 178, *in fine*), ne doivent primer les créances garanties par un privilége spécial que dans la mesure où ils ont été utiles à ces créances. Ceci est accepté en thèse générale; mais il est un point sur lequel l'application rencontre quelques difficultés : c'est le point relatif aux frais de scellés et d'inventaire.

Les formalités de scellés et d'inventaire n'ayant d'autre objet que de conserver tout ce qui dépend de la succession, les frais qu'elles occasionnent doivent être pris sur la chose; il est trop juste que l'héritier ne les paye pas de ses deniers (3). D'un autre côté, il n'est pas possible de supposer que la loi ait imposé au juge de paix et au greffier l'obligation d'apposer les scellés d'office, et au notaire celle de prêter son ministère quand il est requis, sans leur donner en même temps les moyens d'assurer le remboursement de leurs avances et de leurs frais : aussi reconnaît-on, sans aucune difficulté, que les frais de scellés et d'inventaire rentrent dans la catégorie des frais de justice auxquels l'art. 2101 attache le premier de tous les priviléges généraux. (*Suprà*, n° 69.) Mais il est clair que ces frais ne doivent pas primer toutes les créances garanties par un privilége spécial. Par exemple, le créancier gagiste et le voiturier étant en possession de leur gage, il est évident que les scellés et l'inventaire ne leur profitent pas. Donc, que le prix de la chose dont le voiturier ou le créancier gagiste étaient saisis soit mis en distribution, et l'on ne pourra pas donner aux frais de scellé et

(1) *Voy.* Fenet (t. XV, p. 412).
(2) *Voy.* Fenet (*loc. cit.*). — Conf. M. Mourlon (n° 200).
(3) *Voy.* Chabot de l'Allier et Marcadé, sur l'art. 810 du Code Napoléon.

d'inventaire un rang de priorité relativement à la créance du gagiste ou du voiturier. Ceci est de toute évidence.

Mettons en regard maintenant la créance pour frais de scellés ou d'inventaire et la créance du bailleur : ici la thèse change et les autorités sont profondément divisées. D'après les uns, le bailleur devra toujours être payé avant le créancier pour frais de scellés et d'inventaire (1); d'autres veulent que l'ordre inverse soit invariablement suivi (2); pour d'autres enfin, en tête desquels il faut placer M. Troplong (3), la question est susceptible de varier avec les espèces, et, par exemple, le bailleur devra être préféré s'il a fait saisir avant le décès du débiteur ou même avant l'apposition des scellés. Quant à la jurisprudence, elle paraît se tourner vers ce dernier parti. Ainsi, la Cour de Lyon, après avoir accordé la priorité au bailleur par trois arrêts successifs (4), a fini par décider que la question est subordonnée aux circonstances (5), et par placer la créance du bailleur après des frais de scellés et d'inventaire, faits par un curateur à succession vacante nommé à la requête du bailleur (6); et le même revirement s'est produit dans la jurisprudence des Cours de Paris et de Rouen (7). A notre avis, la seconde des trois opinions indiquées doit, en thèse générale du moins, être adoptée. Nous la plaçons tout d'abord sous l'autorité de l'ancienne jurisprudence. Les partisans du premier système invoquent aussi cette autorité du droit ancien, en quoi ils tombent dans une méprise évidente. Il est bien vrai qu'au Châtelet de Paris, suivant un acte de notoriété du 4 août 1692, la créance du propriétaire bailleur était colloquée avant les frais de scellé et d'inventaire; et ceci explique peut-être que Pigeau, tout imbu qu'il était des idées et des pratiques du Châtelet, soit le premier qui ait émis cette doctrine sous l'empire de notre législation actuelle. Mais la pratique du Châtelet à cet égard, motivée en partie sur cette considération qu'à Paris tous les propriétaires ont des concierges chargés de veiller sur leur gage, était formellement condamnée par la jurisprudence du Parlement de Paris, d'après laquelle les frais de scellés et d'inventaire passaient avant les loyers dus au bailleur (8); il en était de même en Normandie (9); et enfin Bourjon, qui cite divers arrêts rendus en ce sens, ajoute que *c'était droit commun* (10). Telle doit être la règle encore aujourd'hui. Nous savons bien que le propriétaire bail-

---

(1) *Voy.* Pigeau (t. II, p. 187), Delvincourt (t. III, p. 269), Favard de Langlade (*Rép.*, vo Priv. de créanc., sect. 3, § 1, no 1), MM. Persil (art. 2102, § 1, no 29), Zachariæ (t. II, p. 222), Valette (no 118).

(2) Maleville (no 250), Tarrible (*Rép. de Merlin*, vo Priv., sect. 3, § 1, no 2), Grenier (t. II, no 300), et M. Dalloz (*loc. cit.*, no 11).

(3) M. Troplong (no 124).

(4) Lyon, 27 mars 1821, 14 déc. 1825 et 1er avril 1841.

(5) Lyon, 17 mars 1846 (Dall., 46, 4, 292).

(6) Lyon, 16 janv. 1851 (*J. P.*, 1852, t. II, p. 604).

(7) *Voy.* Paris, 27 nov. 1814 et 27 mars 1824; Rouen, 30 janv. 1851 et 31 janv. 1852. — *Voy.* encore Limoges, 15 juin 1813.

(8) *Voy.* Denizart (ve Loyers, nos 15 et 16).

(9) *Voy.* Basnage (*Des Hyp.*, ch. 9, p. 18).

(10) Bourjon (tit. 8 *Des Exécutions*, ch. 2, dist. 2, nos 50 et 51, ch. 4, sect. 3,

leur a un gage et qu'il peut s'assurer le remboursement de sa créance au moyen d'une procédure spéciale, la saisie-gagerie (Code de procédure civile, art. 819), ou la saisie-revendication (Code de procédure civile, art. 826). On insiste là-dessus, et l'on dit que, dans cette situation, les frais de scellés et d'inventaire sont sans utilité pour le propriétaire, et que, par conséquent, sa créance doit passer avant celle des frais d'inventaire et de scellés. Mais, prenons-y garde ! le gage du propriétaire est imparfait, au moins en la forme, puisque les meubles qui constituent ce gage sont en la possession du débiteur. De là nécessité, pour le propriétaire, d'actes conservatoires auxquels le gagiste proprement dit n'a pas besoin d'avoir recours. De là aussi cette procédure spéciale de la saisie-gagerie ou de la saisie-revendication que la loi donne comme moyen de conservation au propriétaire. Mais ce n'est pas à dire que le propriétaire doive ou même puisse toujours recourir à cette forme particulière de procéder. Il est certain, au contraire, que le plus habituellement il ne le peut pas. Evidemment, si les meubles du locataire étaient saisis par un créancier autre que le propriétaire bailleur, celui-ci ne pourrait pas arrêter cette saisie et y faire couper court pour entreprendre à sa requête une saisie-gagerie (Code de procédure civile, art. 611); la même impossibilité devra donc l'atteindre si l'apposition des scellés et l'inventaire ont précédé tout recours de sa part à la procédure spéciale qui lui est offerte par la loi. En effet, ce n'est que comme mesure conservatoire que le propriétaire peut saisir-gager ou revendiquer pendant trois mois et quarante jours après le décès du débiteur (Code de procédure civile, art. 174), pendant trente jours après sa faillite, pour certains objets du moins (Code de commerce, art. 450) : toutes voies d'exécution lui sont interdites pendant ces délais. Or, dans la plupart des cas, les scellés et l'inventaire conserveront ses droits d'une manière suffisante; et il faudrait des circonstances bien exceptionnelles, si exceptionnelles qu'elles ne se produiront pour ainsi dire jamais, pour que le propriétaire pût être admis à saisir-gager ou à revendiquer. Que conclure de là? Que, dans les cas ordinaires, les scellés et l'inventaire profiteront au propriétaire lui-même, et dès lors, dans ce cas, il n'y aurait aucune raison pour que la créance des frais ne fût pas colloquée avant celle des loyers. — Ce n'est pas à dire que l'ordre inverse ne devra jamais être suivi. Assurément, si les actes conservatoires du propriétaire se sont produits avant l'apposition des scellés et l'inventaire, sa créance primera celle des frais que l'inventaire et l'apposition des scellés auront occasionnés; car alors évidemment ces frais auront été sans aucune utilité pour lui. Mais c'est la seule hypothèse dans laquelle le propriétaire puisse être préféré. En dehors de cela, le décès ou la faillite du débiteur crée une situation commune à tous les créanciers; c'est dans l'intérêt d'eux tous que les scellés et l'inventaire sont prescrits par la

---

n° 15). — *Junge :* Duplessis (t. II, p. 619); Jussieu de Montfluel (*Inst. fac. sur les Conv.*, p. 258).

loi; ils constituent une procédure spéciale dont le bailleur lui-même, comme nous l'avons indiqué, ne peut pas s'affranchir. Et comme c'est cette dernière situation qui se produit habituellement, nous dirons qu'en général les frais d'inventaire et de scellés doivent être colloqués avant les loyers, et que, par exception seulement, les loyers peuvent primer ces frais. C'est avec cette modification que nous adoptons l'opinion émise par M. Troplong.

Ajoutons, d'ailleurs, que tout ce que nous disons ici du bailleur devra s'appliquer, par identité de raison, à l'aubergiste.

IV. — 180. Le dernier cas de classement dont nous avons à parler est celui du concours des priviléges spéciaux entre eux. A cet égard, la loi a fait elle-même, mais exceptionnellement, comme nous en avons déjà fait la remarque (*voy.* n° 111), quelques classements particuliers.

D'abord, elle a fixé d'une manière assez précise l'ordre des priviléges établis par les lois sur le commerce; nous n'avons, sous ce rapport, rien à ajouter aux observations présentées dans le commentaire de l'art. 2120. (Voy. *suprà*, n°s 95 et suiv.)

Ensuite les priviléges du Trésor public reçoivent leur rang d'ordre des lois mêmes qui les ont créés, et dont nous avons donné le commentaire à l'occasion de l'art. 2098. (*Voy.* n°s 30 et suiv.) Ici non plus nous n'avons rien à ajouter à nos précédentes observations. Nous rappellerons seulement que les deux priviléges établis par les deux lois du 5 septembre 1807, l'un pour la garantie de la gestion des comptables, l'autre pour les frais de justice criminelle, quoique affectant, entre autres choses, la généralité des meubles du débiteur, ne viennent cependant qu'à la suite des priviléges spéciaux sur certains meubles, les lois précitées du 5 septembre 1807 leur ayant expressément donné rang non-seulement après les priviléges de l'art. 2101, mais encore après ceux de l'art. 2102 du Code Napoléon.

Pareillement, il n'y a pas de difficulté possible, relativement aux priviléges sur les cautionnements des titulaires d'offices, le concours ayant été réglé nettement par la loi entre les deux seuls priviléges dont les cautionnements puissent être grevés. (*Suprà*, n° 174.)

Enfin, l'art. 2102, qui contient l'énumération des priviléges spéciaux établis par le Code Napoléon, prévoit lui-même trois hypothèses distinctes dans lesquelles il fait le classement des priviléges qu'il met en conflit. Ces trois hypothèses sont : 1° le conflit entre le bailleur d'un immeuble et le créancier pour prix de vente ou de réparation d'ustensiles; 2° le conflit entre le bailleur d'un immeuble et le vendeur de semences ou ceux qui ont travaillé à la récolte; et 3° le conflit entre le bailleur d'un immeuble et le vendeur des meubles garnissant la maison ou la ferme louée. Nous nous sommes expliqué sur les deux premières hypothèses dans le commentaire de l'art. 2102 (*voy.* n°s 133 et suiv.); nous y renvoyons le lecteur. Quant à la dernière hypothèse, que nous avons réservée (*voy.* n° 144), nous ferons remarquer, avec le texte de ce même art. 2102, que « le privilége du vendeur d'effets mobiliers ne s'exerce qu'après celui du propriétaire de la maison ou de la

ferme, à moins qu'il ne soit prouvé que le propriétaire avait connaissance que les meubles ou autres objets garnissant sa maison ou sa ferme n'appartenaient pas au locataire. » C'est ici une conséquence des principes généraux qui gouvernent la possession de bonne foi relativement aux meubles. La loi suppose que le propriétaire de l'immeuble a reçu les meubles de son locataire dans la croyance qu'ils étaient libres de toute charge, de toute affectation, et dans cette supposition elle donne la préférence à ce propriétaire sur le vendeur des meubles dont le locataire n'aurait pas payé le prix. C'était au vendeur de prendre ses sûretés, ce qu'il lui était beaucoup plus facile de faire qu'au propriétaire de s'assurer que les meubles, qui, au moment de leur introduction chez lui, allaient devenir son gage, étaient libres entre les mains de son locataire (1). Mais pourtant, si cette supposition est détruite par la preuve contraire, s'il est établi que le propriétaire a su, au moment où les meubles ont été transportés chez lui, qu'ils étaient grevés du privilége du vendeur (car c'est cela que l'art. 2102 veut dire), alors la situation change; le vendeur est préféré au propriétaire de l'immeuble; le privilége du vendeur l'emporte sur celui du locateur : telle est la disposition de la loi. Elle est suffisamment explicite, et nous n'avons pas à insister, au point de vue du privilége, si ce n'est pour faire remarquer que le privilége du locateur serait primé par celui du vendeur seulement dans le cas où la preuve apportée en justice établirait que le bailleur a eu connaissance des droits du vendeur *au moment même où les meubles ont été transportés dans les lieux loués*. C'est à ce moment, en effet, que la convention a été consommée entre le locataire et le locateur; et si celui-ci a pu croire alors que tout le mobilier apporté était libre entre les mains de son locataire, il a acquis de bonne foi un droit de gage qui doit subsister définitivement en vertu des règles générales précédemment exposées. (*Suprà*, nos 119 et 122.)

181. Mais l'art. 2102 du Code Napoléon, dans la disposition dont nous nous occupons ici, ne parle que du *privilége* du vendeur. De là est née la question de savoir si la bonne foi du bailleur, qui a pour effet d'exclure ce privilége, ou du moins de le faire passer après celui du bailleur, doit aussi mettre obstacle à l'exercice du droit de revendication dans le cas particulier où ce droit a été accordé par la loi (*suprà*, n° 155) au vendeur non payé. Dans l'ancienne jurisprudence, où, comme nous l'avons dit (voy. *loc. cit.*, et aussi n° 157), il était permis au vendeur de poursuivre sa chose *en quelque lieu qu'elle fût transportée*, la question paraît n'avoir pas fait de difficulté. « Si une personne, dit Pothier, vend des meubles à mon locataire, sans jour et sans terme, et que, dans l'espérance de recevoir son argent comptant, il les laisse enlever et porter en la maison que mon locataire tient de moi, pourrai-je prétendre qu'ils me sont obligés, et empêcher qu'il ne les revendique peu après, faute de payement? Je pense que non : car le vendeur étant supposé avoir vendu sans terme et au comptant, et par

(1) *Voy.* Fenet (t. XV, p. 353 et suiv.), Locré (t. XVI, p. 242 et suiv.).

conséquent n'avoir voulu se dessaisir de la chose qu'autant qu'on le payerait, on ne peut pas dire qu'il ait consenti à ce qu'elle fût obligée à mes loyers (1). » Dans le droit actuel, la même solution a été reproduite aussi, bien que, sous l'influence de la maxime qu'en fait de meubles possession vaut titre (plus nette aujourd'hui qu'elle ne l'était autrefois), le droit de revendication attribué au vendeur ait été subordonné à la condition que la chose soit en possession de l'acheteur. La Cour de Paris a jugé, en effet, que la revendication accordée par l'art. 2102 du Code Napoléon au vendeur de meubles et d'objets mobiliers, met obstacle, lorsqu'elle est reconnue régulière et bien fondée, à l'exercice du privilége du propriétaire de la maison dans laquelle les meubles ont été apportés pour la garnir (2); et cette même doctrine est admise par plusieurs auteurs (3). Nous la croyons cependant contraire aux principes du droit. Le locataire, en transportant les choses par lui achetées dans les lieux loués, a transmis au propriétaire de ces lieux une sorte de possession qui fait défaillir l'une des conditions auxquelles est subordonné le droit de revendication donné au vendeur d'effets mobiliers non payés. Et d'un autre côté, ce propriétaire, qui acquiert ainsi cette espèce de possession, est fondé à placer son droit sous l'autorité de la maxime : « En fait de meubles possession vaut titre. » Cette maxime, nous l'avons vu plus haut (*voy*. n° 119), protége le bailleur contre les tiers qui ont même *la propriété* des meubles transportés par le locataire dans les lieux loués, par exemple, contre ceux qui auraient remis ces meubles au locataire à titre de gage, de prêt, de location, ou de dépôt; à plus forte raison elle doit le protéger contre le vendeur dont le droit est moins énergique, puisqu'il a pour objet, non point la propriété (puisque le vendeur l'a aliénée), mais une simple faculté de rétention. (Voy. *suprà*, n° 155.) Nous concluons donc qu'il en est du droit de revendication comme du privilége accordé au vendeur d'effets mobiliers non payés; que même dans ce bref délai de huitaine où elle est renfermée elle ne peut, pas plus que le privilége, être exercée au préjudice du bailleur, qui a reçu ces effets mobiliers de bonne foi et dans l'ignorance des charges ou des affectations dont ils étaient grevés (4).

182. Dans tous les autres cas où les priviléges spéciaux sur certains meubles peuvent se trouver en conflit, la loi garde un silence absolu : elle abandonne à la sagacité des juges l'application de la règle générale d'après laquelle, entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des priviléges. Ici les circonstances particulières peuvent exercer une influence décisive sur la question de classement. En thèse générale, cependant, la préférence est due aux priviléges dont la cause est dans un nantissement exprès ou tacite : ainsi au

(1) *Voy*. Pothier (*Du Louage*, n° 244).
(2) Paris, 24 juill. 1847 (*J. P.*, 1847, t. II, p. 251).
(3) *Voy*. MM. Duranton (t. XIX, n° 121), Ballot (*Rev. de droit franç.*, t. V, p. 128), Mourlon (n° 135).
(4) Conf. M. Valette (n° 113, p. 152).

créancier gagiste, à l'aubergiste, au voiturier; il en serait de même des créances résultant d'abus et prévarications commis par les fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions, puisqu'il est vrai de dire, par application de l'art. 2076 du Code Napoléon, que le cautionnement constitue un véritable gage déposé entre les mains d'un tiers; mais nous avons dit plus haut que le classement de ces dernières créances ne peut pas souffrir difficulté. (*Voy*. nos 174 et 180.) — Après les priviléges fondés sur la constitution d'un gage exprès ou tacite, viendront ceux des frais faits pour la conservation de la chose. Mais il y aura ceci à remarquer, que les frais de conservation ne devront venir après la créance fondée sur l'idée de gage exprès ou tacite qu'autant qu'ils n'auront pas été utiles à cette créance elle-même. Ainsi les frais de conservation ont-ils précédé la constitution du gage, ils seront primés : c'était à celui qui les a faits de les répéter; s'il a négligé de le faire, tant pis pour lui; sa négligence ne saurait retomber sur celui qui a reçu la chose en gage, et qui, l'ayant reçue de bonne foi, doit exercer sur elle son droit dans son intégrité. Mais supposons que les frais de conservation aient été faits postérieurement à la constitution du gage, alors il en est autrement : les frais, dans ce cas, ont été utiles au créancier gagiste lui-même, puisqu'ils ont conservé son gage; ils auront donc le pas sur sa créance. — Enfin, en troisième ligne viendra le privilége dont la cause est dans le droit de propriété, c'est-à-dire le privilége du vendeur sur lequel nous nous sommes suffisamment expliqué (1).

V. — 183. Un dernier cas peut se présenter, qui est commun à toutes les hypothèses de concours : c'est celui où, parmi les priviléges qui sont en conflit, il s'en trouve plusieurs auxquels le même rang doit être assigné. L'art. 2097 nous dit que, dans ce cas, les créanciers privilégiés sont payés par concurrence. Mais que faut-il entendre par « le même rang » dans le sens de notre article? Anciennement, il n'y avait pas de règle bien précise à cet égard; et l'on voit, par exemple, que, d'après nombre d'auteurs, le privilége attaché aux frais de dernière maladie allait de pas égal avec celui des frais funéraires (2). Aujourd'hui cela ne pourrait plus être mis en question, en présence de l'art. 2101 qui assigne aux frais funéraires un rang de préférence par rapport aux frais de la dernière maladie. Mais on peut se demander toujours dans quels cas des créanciers venant à une distribution peuvent être considérés comme étant au même rang, et comme devant, à ce titre, être payés par concurrence; à quoi il faut répondre, en thèse générale, que la qualité de la créance déterminant le rang, des créanciers sont au même rang quand leurs créances sont de qualité égale, encore que ces créances aient pris naissance à des dates différentes, la date n'étant d'aucune considération dans la matière des priviléges (*voy*. n° 24), sauf

(1) *Voy*. sur le classement MM. Zachariæ (t. II, p. 121 et suiv.), Valette (n° 116), Troplong (nos 40 et suiv.).

(2) *Voy*. Charondas (art. 162 *Cout. de Paris*, et liv. 7 *Rép.*, 86), Loyseau (*Des Offices*, liv. 3, ch. 8, n° 50). — *Voy*. cependant Pothier (*Intr. à la Cout. d'Orléans*, tit. 20, § 9, n° 118, et *Proc. civ.*, part. 4, ch. 2, § 2).

l'exception relative à l'hypothèse de ventes successives. (Voy. *suprà*, nº 150.) Ainsi tous les marchands qui ont fait des fournitures de subsistances, tous ceux qui ont concouru à donner des soins au débiteur pendant la maladie qui a précédé sa mort ou sa faillite (*suprà*, nº 76), tous les domestiques qui ont continué leur service auprès du débiteur, etc., sont de condition égale, dans la catégorie à laquelle ils appartiennent, à quelque époque que leur créance soit née; et ils doivent être payés par concurrence, dans cette catégorie, car ils sont sur le même rang. Nous en dirons autant des divers créanciers qui ont pu concourir par leurs avances aux frais funéraires (*voy.* nº 73); et aussi, sauf le droit particulier que la loi consacre en faveur de l'officier qui a procédé à la vente de meubles (*voy.* nº 70), des frais de justice. Voilà pourquoi nous regardons comme mal rendu un arrêt de la Cour de Paris, duquel il résulte que les frais de scellés doivent être colloqués avant ceux de garde, et les frais de garde avant ceux d'inventaire (1). Evidemment tous ceux qui ont fait ces frais ont concouru dans une mesure égale à un but commun, qui est la conservation de la chose; ils sont donc d'égale condition et doivent, suivant la disposition formelle de notre article, être payés par concurrence. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens (2).

SECTION II.

DES PRIVILÉGES SUR LES IMMEUBLES.

2103. — Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont:

1° Le vendeur, sur l'immeuble vendu, pour le payement du prix;

S'il y a plusieurs ventes successives dont le prix soit dû en tout ou en partie, le premier vendeur est préféré au second, le deuxième au troisième, et ainsi de suite;

2° Ceux qui ont fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble, pourvu qu'il soit authentiquement constaté, par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée à cet emploi, et, par la quittance du vendeur, que ce payement a été fait des deniers empruntés;

3° Les cohéritiers, sur les immeubles de la succession, pour la garantie des partages faits entre eux, et des soulte ou retour de lots;

4° Les architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux, ou autres ouvrages quelconques, pourvu néanmoins que, par un expert nommé d'office par le tribunal de première instance dans le ressort duquel les bâtiments sont situés, il ait été dressé préalablement un procès-verbal, à l'effet de constater l'état des lieux relativement aux ouvrages que le propriétaire déclarera avoir dessein de faire, et que

(1) *Voy.* Paris, 27 mars 1824.
(2) Req., 8 déc. 1825. — *Voy.* aussi MM. Troplong (nº 89 *bis*), Mourlon (nº 39).

les ouvrages aient été, dans les six mois au plus de leur perfection, reçus par un expert également nommé d'office;

Mais le montant du privilége ne peut excéder les valeurs constatées par le second procès-verbal, et il se réduit à la plus-value existante à l'époque de l'aliénation de l'immeuble et résultant des travaux qui y ont été faits;

5° Ceux qui ont prêté les deniers pour payer ou rembourser les ouvriers, jouissent du même privilége, pourvu que cet emploi soit authentiquement constaté par l'acte d'emprunt, et par la quittance des ouvriers, ainsi qu'il a été dit ci-dessus pour ceux qui ont prêté les deniers pour l'acquisition d'un immeuble.

SOMMAIRE.

I. Transition aux priviléges sur les immeubles. — Notre article est relatif aux priviléges spéciaux sur certains immeubles. Il en établit cinq, dont trois seulement sont principaux, à savoir : le privilége du vendeur d'immeubles, celui des cohéritiers, et celui des architectes, entrepreneurs, maçons ou autres ouvriers. — Les deux autres priviléges établis en faveur de ceux qui ont fourni les deniers pour payer, soit le vendeur, soit les ouvriers et fournisseurs, sont subsidiaires, en ce sens qu'ils sont plutôt transmis d'un créancier à un autre que créés en faveur de créanciers distincts.

II. *Privilége du vendeur d'immeubles.* — De ceux qui ont droit au privilége : du vendeur; de l'échangiste; du donateur; de l'acquéreur à pacte de rachat. — Des sommes privilégiées : du prix; des intérêts du prix; des dommages-intérêts pour inexécution; des frais de contrat et de transcription. — De la chose grevée. — De l'action résolutoire : modification importante résultant, à cet égard, de la loi nouvelle sur la transcription. Renvoi.

III. *Des cohéritiers et copartageants.* — Origine du privilége, son objet et sa cause. — Quelles personnes jouissent du privilége : que notre article, sous ce rapport, doit être complété par l'art. 2109, et par suite que le privilége appartient non-seulement aux cohéritiers dont parle notre article, mais encore à tout communiste qui a procédé à un partage. — Des biens que le privilége affecte et des créances qu'il garantit : soultes, retours pour cause d'éviction; prix de licitation; restitution de jouissance. *Quid* des intérêts de soultes et retours de lots?

IV. *Des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers.* — A quels ouvriers et à quel genre de travaux s'applique ce privilége. — Il ne porte que sur la plus-value; et si la créance est supérieure à la plus-value, l'excédant ne jouit pas du privilége : développements; imputation des à-compte payés au cours des travaux. — Conditions auxquelles est subordonné le privilége : double rapport d'experts avant et après les travaux.

V. *Des prêteurs de deniers, soit pour l'acquisition d'un immeuble, soit pour le payement des ouvriers.* — Ce privilége se confond avec deux de ceux qui précèdent, par l'effet de la subrogation sur laquelle il est fondé. — Conditions auxquelles le privilége est subordonné : développements.

VI. Classement des priviléges spéciaux sur les immeubles. — Application à ce cas de la règle posée dans l'art. 2096 du Code Napoléon : développements. — Concours entre plusieurs vendeurs, ou plusieurs prêteurs successifs, dans le cas où le privilége a été conservé. — *Quid* dans le cas où le privilége n'a pas été conservé? Renvoi.

I. — 184. L'art. 2101 nous a fait connaître les priviléges établis par le Code Napoléon sur la généralité des meubles; l'art. 2102 nous a dit ensuite quelles sont, encore d'après le Code Napoléon, les créances

privilégiées spécialement sur certains meubles : voici maintenant que nous abordons, avec notre article 2103, une autre catégorie de priviléges, celle des priviléges qui affectent spécialement certains immeubles. Notre article les énumère dans cinq numéros qui comprennent : 1° le privilége du vendeur, 2° celui des prêteurs de fonds pour l'acquisition d'un immeuble, 3° celui des cohéritiers, 4° celui des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers, et 5° celui des prêteurs de fonds pour payer ou rembourser les ouvriers. Mais en réalité ces cinq priviléges se réduisent à trois, qui sont, dans l'ordre de l'énumération faite par notre article, le premier, le troisième et le quatrième. Quant aux deux autres, qui sont relatifs aux prêteurs de deniers, ils ne constituent pas deux priviléges distincts, mais ils se confondent en quelque sorte avec le premier et le quatrième, en ce que, au lieu d'être exercés par le créancier primitif, ils sont exercés par son ayant cause. A vrai dire même, la disposition de notre article est surabondante en ce qui concerne ces deux priviléges, puisqu'elle se borne à reproduire les principes de la subrogation conventionnelle déjà consacrés par le n° 2 de l'art. 1250 du Code Napoléon.

Quoi qu'il en soit, nous allons nous occuper successivement, d'abord des trois priviléges principaux qui affectent spécialement certains immeubles, et puis des deux autres priviléges que nous réunirons dans notre commentaire, comme la loi aurait pu les réunir dans une seule disposition, puisque le mode de subrogation est le même pour l'un et pour l'autre.

Du reste, nous ferons remarquer que, pas plus dans l'ordre qui a été pris par la loi que dans celui que nous allons suivre, il ne faut voir un classement par rang de préférence. Ce classement, dans le cas de concours de priviléges spéciaux entre eux, n'a été indiqué dans notre article que pour un cas particulier, celui de ventes successives, encore même l'ordre indiqué pourra-t-il être modifié maintenant par l'effet de la loi nouvelle *sur la Transcription*. Quant aux autres cas, ils doivent être réglés d'après le principe général posé dans l'art. 2096. Mais c'est un point sur lequel nous reviendrons, pour suivre les applications de la règle, quand nous aurons dit à quelles personnes appartiennent les priviléges dont nous avons à parler ici, en quoi ils consistent, et à quelles conditions ils sont accordés.

II. — 185. *Privilége du vendeur*. — La loi devait protéger la transmission de la propriété immobilière par les mêmes motifs et au même titre qu'elle protége la transmission de la propriété mobilière (voy. *suprà*, n° 144) : en conséquence, notre article place au nombre des créanciers privilégiés sur les immeubles « le vendeur, sur l'immeuble vendu, pour le payement du prix. » Sur quoi nous avons à voir quels sont précisément les créanciers à qui appartient le privilége, quelle est l'étendue de la créance privilégiée, et sur quoi porte le privilége.

186. Sur le premier point, la loi, prise à la lettre, ne paraît pas comporter de difficulté. Je suis propriétaire d'un immeuble, et je vous le vends moyennant un prix que vous vous engagez à me payer. L'im-

meuble passe dans vos mains grevé d'un privilége qui s'y attache pour assurer le payement de mon prix. Notez, d'ailleurs, qu'il importera peu que l'acte constatant la convention qui vous a rendu propriétaire ait été passé sous seing privé entre nous. Les créanciers de l'acquéreur auraient seuls intérêt à critiquer la forme de l'acte, car seuls ils ont à souffrir du privilége du vendeur. Mais puisque l'acte est le titre qui fait passer l'immeuble dans le patrimoine de leur débiteur, et qu'ainsi ils doivent admettre cet acte dans leur intérêt comme constatant la transmission de la propriété, comment pourraient-ils en méconnaître l'effet juridique au point de vue de la garantie du vendeur (1)? D'ailleurs, la loi qui attache la faveur du privilége à la transmission de la propriété ne distingue pas. Donc, soit que la vente par moi consentie ait été faite en la forme authentique, soit qu'elle résulte d'un acte sous seing privé passé entre nous, je suis bien le vendeur dont parle notre article : nous sommes dans l'espèce même que suppose la lettre de la loi.

Mais son esprit va plus avant. Ce que la loi protége essentiellement, ce qu'elle met sous la sauvegarde du privilége, c'est la transmission de la propriété; ce qu'elle veut assurer, c'est l'exécution, dans toutes ses parties, dans toutes ses conséquences, du contrat par lequel le propriétaire abandonne sa chose et la livre sous la condition de recevoir en retour les sommes ou les valeurs qui sont le prix en vue duquel il s'est dessaisi. Donc la faveur du privilége s'attachera aux conventions de l'espèce dès que la transmission aura le caractère et les effets de la vente, bien que l'acte qui la constate n'en porte pas la qualification.

187. De là quelques questions. Par exemple, je vous transmets la maison que je possède à Paris, sous la condition que, de votre côté, vous me transmettrez la ferme que vous avez en Normandie. Ceci est un échange et non point une vente; et, en thèse générale, on peut dire que le privilége n'en résulte pas. Il y a un motif décisif, que la raison même des choses indique. L'échange, dans le cas que nous supposons ici, crée entre les échangistes une situation analogue à celle qui s'établit dans la vente, entre le vendeur et l'acheteur, lorsque le premier reçoit à l'instant même le prix de l'immeuble qu'il vend au second. Tout est conclu dans ce cas; il n'y a plus ni créancier ni débiteur : le privilége n'a donc pas sa raison d'être. Or il en est de même dans le cas d'échange supposé : il est clair que si en retour de la maison que j'avais à Paris, et que je vous ai transmise, je reçois de vous la ferme que vous possédiez en Normandie, ni vous ni moi n'avons plus rien à prétendre; tout privilége serait sans cause, car la convention arrêtée entre nous est parfaite et consommée (2). La convention est si bien consommée, au point de vue de la libération respective des parties, que, même en supposant que l'un de nous deux vienne à être évincé de la

(1) *Voy.* Tarrible (*Rép.*, v° Privilége, sect. 4, § 1), Favard (v° Privilége, sect. 1, § 3, n° 2), MM. Dalloz (v° Hypoth. et Priv., ch. 1, sect. 1, art. 3, n° 5), Zachariæ (t. II, p. 117, note 1), Duranton (t. XIX, n° 159).

(2) *Voy.* Turin, 10 juill. 1813. — *Voy.* aussi M. Troplong (n° 200 *bis*). — *Voy.* cependant M. Dalloz (*loc. cit.*, n° 9).

chose par lui reçue en échange, l'éviction ne ferait pas que l'échangiste évincé pût réclamer, avec action privilégiée sur l'immeuble par lui donné en échange, les dommages-intérêts auxquels il aurait droit à raison de la dépossession (1); car il y a alors un acquéreur dépossédé qui, à moins de conventions particulières, n'a, pour la garantie que lui réserve son titre, qu'un recours à exercer dans les termes du droit commun. (Code Napoléon, art. 1705.) Par une conséquence très-exacte de ces principes, la Cour de cassation a jugé, en cassant un arrêt contraire de la Cour de Poitiers, que l'échangiste qui a remboursé les créanciers inscrits sur les immeubles par lui reçus en contre-échange n'a pas privilége, pour ce qu'il a payé, sur les immeubles par lui cédés à son co-échangiste, alors même qu'il lui aurait été donné une affectation hypothécaire sur ces derniers biens, et qu'il aurait été convenu qu'en cas de vente le co-échangiste n'en pourrait toucher le prix avant d'avoir purgé les biens abandonnés en échange (2). Et en effet, ceci étant admis que l'immeuble donné en échange ne doit pas être assimilé à un prix de vente, et qu'ainsi l'éviction ne peut créer le privilége du vendeur, la conséquence était, dans l'espèce, que même en considérant comme une sorte d'éviction les payements faits par l'échangiste aux créanciers inscrits sur l'immeuble par lui reçu en contre-échange, aucun privilége n'en pouvait résulter en faveur de l'échangiste évincé, lequel n'avait d'autre droit à prétendre, comme le décide justement la Cour suprême, que celui d'être colloqué, pour les remboursements par lui opérés, à la date de son inscription, par application de l'art. 2134.

Mais, dans tout ceci, nous supposons un échange fait but à but. La solution pourrait être différente si les biens échangés, étant de valeur inégale, l'égalité était rétablie au moyen d'une soulte stipulée. Par exemple, ma maison de Paris vaut 100,000 fr., quand votre ferme de Normandie n'en vaut que 80,000, et nous convenons que l'écart sera rempli par 20,000 fr. que vous me payez en argent. Alors de deux choses l'une : ou vous me comptez les 20,000 fr. en même temps que vous m'abandonnez votre ferme, ou vous vous constituez débiteur de cette somme que vous vous obligez à me payer à une époque déterminée. Dans le premier cas, tout est conclu, consommé et exécuté entre nous aussi bien que si l'échange eût été fait de but à but, immeuble contre immeuble; il n'y a ni dette ni créance, et partant pas de cause au privilége, par les motifs mêmes que nous venons d'indiquer. Mais, dans le second cas, il en est autrement : vous restez mon débiteur de la somme de 20,000 fr.; c'est là pour partie, et jusqu'à concurrence, le prix de la transmission que j'ai consenti à vous faire; la cause du privilége se montre avec évidence, car, nonobstant la qualification de l'acte, nous sommes ici dans l'esprit de la loi, dont la faveur s'attache à la transmission. C'est l'opinion de tous les auteurs (3). M. Mourlon, qui, suivant l'occurrence,

(1) Paris, 20 janv. 1834. — *Voy.* aussi Cass., 26 fév. 1806. — *Voy.* cependant M. Mourlon (n° 147).

(2) Cass., 26 juill. 1852 (Dev., 52, 1, 693; Dall., 52, 1, 196).

(3) *Voy.* Delvincourt (t. III, p. 280, notes), Grenier (t. II, n° 387), MM. Persil

l'adopte également, y fait néanmoins cette réserve, que tout doit se régler ici d'après l'importance de la soulte, en ce sens que si la soulte est de beaucoup inférieure à la valeur de l'immeuble aliéné par l'échangiste qui la doit, le contrat reste échange pour le tout, en sorte que le créancier de la soulte n'a pas de privilége; que, dans l'hypothèse inverse, la convention constitue une vente pour le tout, et dès lors donne lieu au privilége; et qu'enfin, si la soulte est égale ou à peu près à la valeur de celui des deux immeubles qui vaut le moins, la convention implique deux contrats principaux distincts, une vente et un échange, dont chacun reste soumis aux règles qui lui sont propres (1). Mais ces distinctions sont tout à fait hors de mise. M. Mourlon nous reprochera sans doute comme une inconséquence, ainsi qu'il l'a reproché déjà à M. Troplong, de les rejeter ici quand nous les avons admises en expliquant l'art. 1407 du Code Napoléon, dans le *Traité du contrat de mariage*, que nous avons publié avec M. Rodière (2). Soit! Seulement, il faudrait démontrer qu'il y a un rapport nécessaire entre la question de propriété qu'engage l'application de l'art. 1407 du Code Napoléon et la question de privilége dont il s'agit ici. Quant à nous, ce rapport, que M. Mourlon suppose sans doute mais qu'il n'établit pas, nous échappe complétement. Lorsque l'art. 1407 nous dit que l'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange contre l'immeuble appartenant à l'un des deux époux n'entre point en communauté, et est subrogé au lieu et place à celui qui a été aliéné, sauf la récompense s'il y a soulte, nous comprenons à merveille que l'application du principe soit réglée, eu égard à la quotité de la soulte dans les termes rappelés par M. Mourlon, parce que, autant que possible, il faut maintenir dans sa consistance effective chacun des trois patrimoines que le régime de la communauté met sous la main du mari. Mais nous ne comprenons plus cela lorsqu'il s'agit uniquement de savoir si la soulte due à celui des échangistes dont l'immeuble est le plus important sera ou non garantie par un privilége. Ici, ce qui est principalement en jeu, c'est l'intérêt du propriétaire, qui, en recevant en échange un bien d'une valeur inférieure à celle de l'immeuble qu'il donne, n'a consenti à abandonner cet immeuble que sous la condition de recevoir la différence en argent. C'est la condition évidente, nécessaire du contrat; et cela seul est décisif, quelle que soit la quotité de la soulte et son importance, eu égard à la valeur du bien transmis par l'échangiste qui la doit, puisque, encore une fois, c'est à la transmission de la propriété sous cette condition de recevoir en retour la valeur qui la représente que, dans l'esprit de la loi, s'attache la faveur du privilége.

188. Au premier aperçu, cette même condition paraît déterminante encore dans une autre hypothèse. Par exemple, je me dépouille en votre faveur de ma maison de Paris, qui vaut 100,000 fr.; mais je mets une

(art. 2103, § 1, n° 11), Zachariæ (t. II, p. 118), Duranton (t. XIX, n° 155), Taulier (t. VII, p. 178), Troplong (n° 215).

(1) *Voy.* M. Mourlon (n°s 148 et suiv.).

(2) *Voy.* notre *Traité du contrat de mariage* (t. I, n° 500).

condition, une charge à ma libéralité : je veux que vous payiez à mon frère les 50,000 fr. que je lui dois. Les observations qui précèdent conduiraient à penser que cette maison que je vous donne me reste affectée par privilége pour assurer l'exécution de la charge imposée. Cependant la doctrine et la jurisprudence sont ici absolument contraires (1). La question ne serait *même pas proposable*, d'après M. Troplong, « tant il est clair, ajoute l'éminent jurisconsulte, qu'*il n'y a aucune assimilation à faire entre le vendeur et le donateur*. Ce dernier, continue-t-il, a une action en résolution que l'art. 954 lui assure pour le cas d'inexécution des clauses de la donation, et qui lui donne un droit de suite contre les tiers. Il doit s'en tenir à ce droit, qui certes est bien aussi avantageux qu'un privilége sur le prix. » Si générale que soit cette opinion, qu'il nous soit permis cependant d'en contester l'exactitude et la vérité. Avouons-le tout d'abord : ce n'est pas sans quelque surprise que nous avons vu reproduit partout et par tous l'unique argument sur lequel se fonde cette doctrine, et nulle part indiquée la réponse qui se présente si naturellement à l'esprit contre cet argument. La loi, dit-on, a fait sa part au donateur; elle lui a ouvert, par les art. 953 et 954 du Code Napoléon, l'action en résolution pour le cas où le donataire n'exécuterait pas les charges de la donation. Mais qu'est-ce à dire? Est-ce que le vendeur ne trouve pas aussi cette même ressource de l'action en résolution dans l'art. 1654 du Code Napoléon? Le vendeur n'en a pas moins un privilége indépendamment de cette action. Pourquoi en serait-il autrement du donateur? Et parce que la loi a dit à celui-ci : « Vous aurez l'action résolutoire, » est-il logique d'en induire que par cela seul elle a élevé contre lui une espèce de fin de non-recevoir au point de vue du privilége? On nous dit bien que le premier numéro de notre article ne parle que du vendeur, et qu'il n'y a aucune assimilation à faire entre le vendeur et le donateur! D'accord, si vous supposez un donateur qui s'est dépouillé par une libéralité pure et simple, dégagée de toute charge ou condition. Alors il n'y a aucun prix dans l'acte; un privilége n'en saurait donc résulter, et, dans ce cas, il est très-vrai de dire qu'il n'y a pas d'assimilation possible entre le vendeur et le donateur. Mais si vous supposez un donateur qui, en se dépouillant, a imposé au donataire l'obligation de payer, soit à lui-même, donateur, soit à un tiers, une somme déterminée, c'est tout autre chose. Alors nous n'avons plus cet acte gratuit et de bienfaisance que définissent les art. 893 et 894 du Code Napoléon, et dont, par cela même, le premier numéro de notre article n'avait pas à parler; nous avons, au lieu de cela, un acte à titre onéreux, dans lequel il y a un prix, une

(1) *Voy.* Douai, 18 nov. 1846 (Dall., 47, 2, 22); Orléans, 26 mai 1848 (Dev., 48, 2, 615). — *Voy.* encore Grenier (t. II, p. 391), et MM. Persil (art. 2103, n° 10), Dalloz (*loc. cit.*, n° 11), Duranton (t. XIX, n° 156), Troplong (t. I, n° 216), Mourlon (n° 152). — *Voy.* aussi M. Baudot (*Formal. hyp.*, t. I, n° 715), où il cite une décision administrative du 27 mars 1830, qui indiquerait que les conservateurs ne sont pas obligés d'inscrire d'office, au profit du donateur, les charges imposées au donataire. Mais, comme nous le disons au texte, il y a des instructions en sens contraire.

valeur, une chose promise en retour de l'immeuble dont le premier propriétaire s'est dépouillé. Cet acte est-il une donation? Il en a reçu la qualification sans doute. Mais qu'importe la qualification? Il faut voir la réalité. Or, de deux choses l'une : ou la charge imposée au donataire prétendu est par son importance l'équivalent ou à peu près de l'immeuble transmis, ou la charge, appréciable en argent, est d'une valeur inférieure à celle de l'immeuble. Dans le premier cas, l'acte n'a de la donation que le nom, et, sous ce rapport, nous considérons comme insignifiante, tant elle est nécessaire, la concession faite par les auteurs qui veulent bien admettre le privilége dans ce cas (1), puisque la donation étant, dans la vérité des choses, une vente déguisée, et n'étant rien que cela, il est vrai de dire que la convention est pour le tout dans les termes mêmes de notre article. Dans le second cas, il y a donation sans doute; mais l'élément de la vente y entre pour partie et s'y trouve compris. (Voy. *suprà* le Commentaire de Marcadé sur l'art. 954.) Ainsi, dans l'hypothèse que nous faisions tout à l'heure, les 50,000 fr. dont je vous ai imposé l'obligation de faire le payement à mon frère ne représentent pas complétement ma maison, qui en vaut 100,000; vous êtes donataire de la différence; mais pour la portion représentée par les 50,000 fr. que vous devez payer à mon frère, vous êtes réellement acquéreur, et si bien acquéreur que, d'après M. Troplong lui-même, dont la doctrine en ceci s'accorde peu avec la solution ci-dessus indiquée, s'il arrivait que vous fussiez évincé, vous pourriez, en tant que vous auriez acquitté la charge, agir contre moi, donateur, d'après les principes de la vente, pour la portion de l'immeuble dont cette charge est la représentation (2). Que conclure de tout ceci? Que, dans ce second cas, il y a un mélange de vente et de donation, et, par une conséquence ultérieure, que ce cas aussi rentre, mais pour partie seulement, dans les termes mêmes de l'art. 2103 et dans les conditions constitutives du privilége.

Au surplus, cette solution est admise dans la pratique, et il existe, assure-t-on, des instructions qui obligent le conservateur, lorsqu'on lui présente à la transcription des contrats de donation imposant des charges au donataire, à en faire l'inscription d'office, comme il le fait à l'égard du vendeur non encore payé. En outre, nous trouvons la trace de cette solution dans un arrêt de la Cour de Paris (3), duquel il résulte que la renonciation par un donateur *aux priviléges stipulés pour la garantie de l'acquit des charges imposées au donataire* dans la donation, constitue une donation nouvelle, ce qui suppose bien que le privilége peut, sans que cela soit contraire aux textes, s'attacher à la donation avec charges, puisque la stipulation seule ne suffirait pas à le créer s'il ne

(1) *Voy.* M. Mourlon (n° 153).

(2) *Voy.* et comparez, dans le *Commentaire sur la Vente* de M. Troplong, les n°s 7, 8 et 9.

(3) Cet arrêt est du 27 déc. 1851, et il est rapporté par les Recueils avec celui du 27 décembre 1853, par lequel la Cour suprême en a prononcé la cassation, mais sur un autre point (Dev., 54, 1, 81).

résultait pas de la loi. (Voy. *suprà*, n° 24.) Enfin, dans tous les projets de réforme hypothécaire préparés en France, soit en 1840, soit en 1849 et années suivantes, on a proposé d'inscrire dans notre article le privilége du donateur, non pas comme une innovation législative, mais comme un moyen de rendre désormais inattaquable une conséquence toute naturelle des principes, conséquence que la doctrine et la jurisprudence avaient mal à propos contestée jusque-là (1). Ce sont aussi des autorités considérables, et peut-être, appuyées qu'elles sont sur une autorité supérieure, celle de la raison, ne seront-elles pas sans influence si la question vient à se produire de nouveau devant les tribunaux.

189. Une dernière hypothèse a été prévue par les auteurs sur ce point de savoir quelles personnes sont privilégiées pour prix de vente. On a supposé la stipulation de la faculté de rachat, et on s'est demandé si l'acquéreur qui, sur l'exercice de cette faculté, rend l'immeuble qu'il avait d'abord acheté, sans exiger du vendeur primitif le prix du rachat, est privilégié sur l'immeuble pour le payement de ce prix. Ainsi, voici l'hypothèse : Paul vend à Pierre sa ferme de Normandie pour 50,000 fr., en se réservant de reprendre cette ferme dans trois ans moyennant la restitution du prix principal et le remboursement des frais et loyaux coûts de la vente, ainsi que des impenses nécessaires ou utiles dans les termes de l'art. 1673 du Code Napoléon. A l'expiration du délai, Paul déclare qu'il veut user de son droit ; mais Pierre, assez peu soigneux du sien, ne se prévaut pas de ce même art. 1673, qui lui permet d'exiger que Paul satisfasse à toutes ses obligations avant de se remettre en possession, et il abandonne l'immeuble sans être remboursé des sommes qu'il a dépensées, tant en principal qu'en accessoires. Pierre a-t-il, dans ce cas, le privilége établi par la loi en faveur du vendeur ? Non, répondent unanimement les auteurs et la jurisprudence (2). Et, en effet, dans les termes où la question est posée, la solution ne peut pas n'être pas négative. Ici, ce n'est pas d'une vente nouvelle qu'il s'agit ; l'art. 1659 du Code Napoléon le démontre avec évidence, lorsqu'en définissant la faculté de rachat ou de réméré, il nous dit que c'est « un pacte par lequel le vendeur se réserve de *reprendre* la chose vendue, moyennant la *restitution* du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'art. 1673. » Evidemment les expressions mêmes de la loi excluent ici toute idée d'une vente nouvelle, dans laquelle les rôles se trouvant intervertis par rapport à la première convention, le vendeur primitif deviendrait acquéreur cette fois, et réciproquement : les parties se remettent en présence pour *reprendre* chacune sa chose,

(1) *Voy.* les *Documents* publiés en 1844 (t. III, p. 72 à 89). — *Voy.* aussi les art. 2102, 2103, 2179, des projets préparés, à l'Assemblée nationale, en 1851, pour la troisième délibération.

(2) *Voy.* arrêt de la Cour de cass. du 26 avril 1827. — *Voy.* aussi Tarrible (*Rép.* v° Priv., sect. 4, § 5, n° 5), Grenier (t. II, n° 390), Delvincourt (t. III, p. 282), et MM. Persil (art. 2103, § 1, n° 13), Dalloz (*loc. cit.*, n° 10), Duranton (t. XIX, n° 157), Zachariæ (t. II, p. 118, note 7), Taulier (t. VII, p. 178), Troplong (n° 214), Duvergier (*De la Vente*, t. II, n° 52).

l'une le bien qu'elle avait livré, l'autre les sommes qu'elle a dû débourser à l'occasion de ce bien; et rien moins que cela ne s'accorde avec l'idée d'une vente dont l'effet, au contraire, est d'opérer une mutation dans la propriété. Qu'est-ce donc que l'exercice du pacte de rachat? Aux yeux de tous les auteurs, c'est une résolution et non une vente nouvelle : *Distractus potiùs quam novus contractus* (1). Mais peut-être les lois fiscales ont-elles fait une appréciation plus exacte de la convention lorsqu'elles l'ont soumise à un droit proportionnel de quittance ou de libération. (L. 22 frimaire an 7, art. 69, § 2, n° 11.) En effet, lorsque celui qui avait d'abord vendu vient, en exerçant le rachat qu'il s'était réservé, rembourser la somme qu'il avait reçue, il semble que l'acte primitif, qui à l'origine était une vente, qui en avait bien la nature et les effets, prenne jusqu'à un certain point le caractère d'un prêt à la sûreté duquel un immeuble aurait été engagé. A ce point de vue, l'art. 1673, dont nous parlions tout à l'heure, ne serait, dans la disposition où il donne à l'acquéreur primitif le droit de retenir l'immeuble jusqu'à parfait remboursement, que la reproduction ou la confirmation du principe qui, en matière d'antichrèse, ne permet pas au débiteur de réclamer la jouissance de l'immeuble qu'il a remis en antichrèse, avant l'entier acquittement de la dette. (Art. 2087.) Quoi qu'il en soit, résolution ou libération, la reprise de la chose par l'exercice de la faculté de rachat réservée dans le contrat primitif, ne constitue pas une vente nouvelle lorsqu'elle a lieu dans le délai déterminé; et il n'en faut pas davantage pour refuser le privilége du vendeur à celui qui rend l'immeuble sans recevoir le prix et les sommes accessoires qu'il a payés. Celui-ci avait pour lui ce droit de rétention que lui donnait l'art. 1673; là était sa garantie unique, et s'il n'a pas su la conserver, il doit se l'imputer à lui-même : il n'a plus que l'action personnelle contre le vendeur primitif dont il a suivi la foi.

Mais la question pourrait se poser dans d'autres termes. Il se pourrait, par exemple, que la convention de reprendre la chose, au lieu d'accompagner le contrat de vente, n'intervînt que plus tard; il se pourrait encore que la faculté de rachat, stipulée dans le contrat, ne fût exercée qu'après l'expiration du délai convenu. La solution serait-elle la même alors? Non assurément : pour le premier cas, nous disons avec Marcadé (*voy.* Commentaire de l'art. 1659, n° 2) que l'exercice de la faculté de réméré serait une seconde vente, et non pas une résolution de la vente primitive; pour le second cas, nous le disons de même, d'abord avec l'art. 1662 du Code Napoléon, aux termes duquel, « faute par le vendeur d'avoir exercé son action de réméré dans le terme prescrit, l'acquéreur demeure propriétaire irrévocable; » et ensuite avec les lois fiscales, qui, prenant le retrait ou le rachat exercé après l'expiration des délais convenus comme impliquant une mutation nouvelle, le frappe, non plus d'un droit de quittance ou de libération, comme dans l'hypothèse où nous étions placé tout à l'heure,

(1) *Voy.* le Commentaire de Marcadé sur l'art. 1659, n° 2 (t. VI, p. 301) et les auteurs cités à la note précédente.

mais du droit de mutation établi sur les actes translatifs de propriété ou d'usufruit de biens immeubles. (L. 22 frimaire an 7, art. 69, § 7, n° 6.) Or, si dans ces cas l'exercice du rachat est autre chose, soit que la résolution de la vente primitive, soit que la libération de la dette contractée par le premier vendeur; s'il constitue, dans la réalité des choses, une rétrocession, c'est-à-dire une vente nouvelle, il n'y a plus de motif pour écarter l'application de notre article : la créance du rétrocédant, en tant que son prix ne lui aurait pas été payé, sera privilégiée.

190. Voyons maintenant en quoi consiste la créance garantie par la loi. A cet égard, notre article dispose que le vendeur est privilégié *pour le payement du prix*. De là deux remarques préliminaires.

La première, c'est qu'il n'y a lieu au privilége qu'autant qu'il y a un prix dû en totalité ou en partie. Dès que l'obligation de l'acquéreur est éteinte, soit par le payement du prix, soit même par la novation, il n'y a plus de cause au privilége, qui s'éteint avec l'obligation elle-même. Ceci est de toute évidence. Il y a seulement des difficultés sérieuses et de graves contestations sur l'appréciation des actes ou des faits qui, intervenus entre le vendeur et l'acquéreur, peuvent ou doivent être considérés comme constituant une novation. Nous nous sommes expliqué déjà à cet égard. (Voy. *suprà*, n° 145.) Nous renvoyons à nos précédentes observations, en nous bornant à ajouter ici que la novation devrait être admise si le vendeur, au lieu de recevoir son prix, avait consenti à en faire le prêt avec intérêt pour un temps déterminé, en acceptant un gage pour sûreté. La Cour de Bourges a décidé même que le privilége du vendeur ne passe pas à la créance nouvelle résultant de la convention par laquelle le vendeur laisse le prix de la vente entre les mains de l'acquéreur pour qu'il en jouisse comme usufruitier (1).

Notre seconde remarque, c'est que le prix dont l'art. 2103 entend parler est le prix exprimé au contrat. Les suppléments ou augmentations de prix résultant de conventions particulières auxquelles les parties recourent trop souvent en vue de payer de moindres droits d'enregistrement, ne seraient d'aucune considération à l'égard des autres créanciers de l'acquéreur. Le privilége ne vaudrait, vis-à-vis d'eux, que pour le prix déclaré au contrat. Les conventions secrètes qui ajouteraient au prix déclaré auraient le caractère des contre-lettres, qui, en principe, ne sont pas opposables aux tiers. (Code Napoléon, art. 1321.) Nous trouvons cependant un arrêt de la Cour de Bordeaux duquel il résulte que le privilége accordé au vendeur non payé s'applique non-seulement au prix énoncé dans l'acte de vente, mais encore au supplément de prix qui, par décision même simplement arbitrale, est alloué au vendeur (2). Mais l'arrêt s'explique par les circonstances dans lesquelles était intervenue la décision arbitrale; elle avait statué, non point sur des conventions secrètes, mais sur des difficultés réelles et sérieuses qui avaient

(1) *Voy.* Bourges, 6 mars 1855 (*J. P.*, 1855, t. II, p. 516).
(2) *Voy.* Bordeaux, 23 avril 1836 (Dev., 36, 2, 476; Dall., 36, 2, 146).

divisé les parties; en sorte qu'il faut voir dans l'arrêt une décision d'espèce qui n'infirme en rien le principe posé (1).

191. Ceci dit, arrivons aux éléments dont se compose le prix qui forme la créance privilégiée. Et d'abord, il n'y a aucun doute en ce qui concerne la somme principale. Soit que le prix consiste en un capital exigible, soit qu'il ait pour objet une rente perpétuelle ou viagère, le payement n'en est pas moins garanti par le privilége. Sans doute, si, après la perfection du contrat de vente, les parties convenaient de convertir en une rente viagère ou perpétuelle le prix qui originairement avait été réglé par une somme d'argent, il y pourrait avoir matière à contestation; une dette non exigible ayant été substituée à une dette exigible, on pourrait dire que c'est là un des cas de novation dont nous parlions tout à l'heure. Mais lorsque la rente elle-même constitue le prix de la vente, le privilége s'y attache nécessairement et au même titre que si le vendeur eût aliéné sa chose pour un capital exigible (2). C'est évident, non-seulement parce que la loi ne distingue pas, mais encore parce que toute distinction serait déraisonnable, la cause originaire de la créance, c'est-à-dire la raison même du privilége, étant identique, quelle que soit la forme convenue pour le payement.

192. Indépendamment du capital, le prix se compose encore des intérêts qui en sont l'accessoire. On admet donc généralement que les intérêts du prix de vente jouissent du même privilége que le principal. Seul, M. Persil avait pensé d'abord que les intérêts dus pour simple retard, et sans stipulation, n'auraient pas droit au privilége; mais c'est une erreur qu'il a bientôt rétractée, en reconnaissant, dans les éditions ultérieures de son *Régime hypothécaire*, que les intérêts se lient en quelque sorte avec le principal, qu'ils représentent les fruits produits par l'immeuble, et que par ce motif ils doivent être colloqués au même rang que le capital (3). La question n'est donc pas là; mais elle s'est produite sur le point de savoir s'il en est du privilége comme de l'hypothèque, s'il est restreint, comme celle-ci, par l'art. 2151 du Code Napoléon, aux intérêts de deux années écoulées et de l'année courante, ou si, au contraire, à la différence de l'hypothèque, il donne droit au créancier privilégié de faire comprendre dans la même collocation que son capital tous les intérêts qui peuvent lui être dus. Cependant l'opinion dominante aujourd'hui, même parmi ceux qui pensent que le privilége du vendeur ne produit son effet à l'égard des tiers qu'*à la condition de l'inscription* (ce qui est gravement contestable, comme on le verra dans le commentaire des art. 2106 et 2108), l'opinion dominante est que l'art. 2151 est spécial aux hypothèques inscrites, et que la disposition limitative n'en doit pas être étendue aux priviléges (4). Et en

(1) *Voy*. MM. Duranton (t. XIX, nº 160), Troplong (nº 218, à la note).
(2) *Voy*. Liége, 18 janv. 1812; Orléans, 8 juill. 1845 (*J. P.*, 1845, t. II, p. 491).
(3) *Voy*. M. Persil (art. 2103, § 1, nº 4).
(4) *Voy*., en ce sens, Cass., 5 mars 1816, et sect. réun., 1er mai 1817. — *Junge :* Req., 16 mars 1820; Rej., 8 juill. 1834; Paris, 31 janv. 1818 et 7 déc. 1831; Bourges, 25 mai 1827 et 23 mai 1829; Bordeaux, 23 avril 1836. — *Voy*. encore Favard (vº In-

effet, en droit commun, dirons-nous avec la Cour de cassation (*voy.* l'arrêt des sections réunies que nous citons à la note), les intérêts d'une créance en forment un accessoire et sont de même nature; ils doivent donc participer aux mêmes avantages et être régis par les mêmes règles. Si l'art. 2151 s'est écarté de ce principe, la disposition par laquelle il l'a modifié est restreinte aux intérêts des créances simplement hypothécaires, puisqu'elle exprime, en termes formels, que les intérêts sur lesquels elle statue auront même rang d'*hypothèque* que les capitaux, et, en conséquence, il ne peut être permis d'appliquer cette disposition aux intérêts du capital dû au vendeur, puisque ce capital n'a pas un simple rang par *hypothèque*, mais un rang par *privilége*, lorsque l'acte de vente a été transcrit. Dans toutes ces dispositions, le Code Napoléon a distingué les créances privilégiées des créances hypothécaires; dans le chapitre où a été placé l'art. 2151, et dont le titre énonce séparément les priviléges et les hypothèques, le législateur a expressément dénommé les priviléges dans la disposition qu'il a voulu leur appliquer; on en doit conclure qu'il n'a voulu appliquer qu'aux créances hypothécaires une disposition dans laquelle il a mentionné les hypothèques seulement; en sorte que, tant de cette distinction que de la disposition générale de notre article et des termes restrictifs de l'art. 2151, il résulte que le législateur a laissé la collocation des intérêts dus au vendeur dans les termes du droit commun, suivant en cela les principes de l'ancienne jurisprudence, d'après laquelle ces intérêts avaient, sans aucune restriction, le même rang et le même privilége que le capital. Ces considérations, émises par la Cour suprême, sont décisives, ce nous semble, même dans le système de ceux qui font dépendre l'efficacité du privilége à l'égard des tiers d'une inscription prise en temps utile, laquelle inscription agit alors rétroactivement en ce qui concerne les intérêts. Et si l'on se place maintenant dans le système opposé, dans celui où l'inscription n'est pas nécessaire pour que le privilége du vendeur ait toute son efficacité, à l'encontre des tiers, on comprend qu'à plus forte raison la solution doit prévaloir, puisque alors, et par la seule force des choses, tous les intérêts dus au vendeur se trouvent conservés par le seul effet de la transcription, et doivent être colloqués au même rang que le capital.

Cette solution, cependant, va mettre maintenant un défaut d'harmonie dans l'ensemble de la législation, en présence du système de publicité que la loi récente du 23 mars 1855, sur la transcription, a remis en vigueur. On ne s'expliquera pas, il faut le reconnaître, qu'une créance grevant la propriété puisse n'être pas accusée dans toute son importance par le registre du conservateur, et que quand la loi a voulu que tout fût mis à découvert, qu'il n'y eût plus rien d'occulte dans les charges qui grèvent la propriété, que le registre de la conservation fît

---

script., sect. 7, n° 12), Dalloz (*loc. cit.*, n° 7), Duranton (t. XVI, n° 342; t. XIX, n° 160 *bis*), Zachariæ (t. II, p. 200, et note 8), Taulier (t. VII, p. 175), Troplong (n° 219), Mourlon (n° 156 et suiv.). — Mais *voy.*, en sens contraire : Nîmes, 12 déc. 1811; Grenier (t. I, n° 103), Delvincourt (t. III, p. 359, note 10), Blondeau (*Rev. de législ.*, t. IV, p. 368), MM. Persil (art. 2151, n° 8), Rodière (*Rev. de législ.*, t. I, p. 233).

connaître de la manière la plus exacte la situation réelle et le crédit du débiteur, il puisse se faire cependant qu'un tiers, consultant ce registre, ne soit pas averti, et que la créance qui lui est annoncée puisse, en raison de l'accumulation des intérêts, grossir dans une proportion considérable et lui être opposée pour une somme de beaucoup supérieure au chiffre indiqué. Mais il n'appartient pas à l'interprète de mettre dans les diverses dispositions de la loi l'accord et l'harmonie qui leur manquent. En définitive, le rétablissement de la transcription, comme moyen de consolider la propriété, ne suffit pas à lui seul pour faire fléchir aujourd'hui la solution qui précède; il faudrait quelque chose de plus. Cela a été compris à merveille par les rédacteurs de la loi belge du 16 décembre 1851, qui a réformé le régime hypothécaire en Belgique; et en rétablissant aussi la transcription comme moyen de consolider la propriété, ils ont de plus modifié, dans le texte de la loi nouvelle, les termes de l'art. 2151, auquel ils ont substitué la disposition suivante : « Le créancier *privilégié* ou hypothécaire, inscrit pour un capital produisant intérêts ou arrérages, a droit d'être colloqué, pour trois années seulement, au même rang que pour son capital, sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à compter de leur date, pour les autres intérêts ou arrérages (1). » Mais tant qu'une modification analogue ne sera pas faite au texte de l'art. 2151 de notre Code, cet article ne devra pas être étendu au delà des créances hypothécaires qu'il a seules en vue, et le privilége qui garantit le prix de vente garantira par cela même tous les intérêts de ce prix sans restriction.

193. Il ne garantira pas les dommages-intérêts résultant de l'inexécution. On a dit, avec raison, que le vendeur ne peut avoir de privilége pour ces dommages, parce qu'ils sont hors du prix et de l'exécution de l'obligation principale, et que dès lors ils ne donnent lieu qu'à une action personnelle non privilégiée (2).

194. Mais le privilége s'étendra au contraire aux frais que le vendeur sera obligé de faire pour parvenir au recouvrement de son prix. Nous verrons, sous l'art. 2108, quelle publicité est requise pour la conservation de cette partie de la créance.

Quelques auteurs, dont la doctrine a été suivie par un seul arrêt, refusent de classer parmi ces frais, que nous considérons comme privilégiés, les loyaux coûts de l'acte constatant la vente, ainsi que les frais de transcription, lorsque le vendeur en a fait le payement (3). M. Persil,

(1) C'est le texte de l'art. 87 de la nouvelle loi belge. — *Voy.* le Commentaire législatif de M. Delebecque (p. 324-325).

(2) *Voy.* Delvincort (t. III, p. 280, note 5), Grenier (t. II, nº 384), MM. Persil (art. 2103, § 1, nº 5), Duranton (t. XIX, nº 163), Zachariæ (t. II, p. 117), Troplong (nº 221). — *Voy.* encore Bordeaux, 27 fév. 1829. — *Voy.* cependant M. Mourlon (nº 162).

(3) *Voy.* MM. Persil (*loc. cit.*, nº 3), Dalloz (*loc. cit.*, nº 8), Duranton (t. XIX, nº 162). — *Voy.* encore Caen, 7 juin 1837 (Dall., 37, 2, 144; Dev., 37, 2, 409; *J. P.*, 1837, t. II, p. 417). — *Voy.* encore un arrêt de Paris du 26 mars 1849 (*J. P.*, 1849, t. I, p. 554), qu'on a cité quelquefois dans le sens de cette doctrine; mais cet arrêt n'est pas topique sur la question : il juge seulement que les frais de partage ne sont pas privilégiés, *comme frais de justice*, vis-à-vis du créancier qui n'en a pas profité.

qui le premier a embrassé cette doctrine, l'a appuyée sur le texte de l'art. 2103, en ce que cet article ne parle que du *prix*. M. Duranton, venu ensuite, a dit que les frais du contrat ne sont pas un accessoire du prix, en preuve de quoi il rappelle que le fisc ne tient pas compte de ces frais pour le calcul et la liquidation des droits d'enregistrement qu'il perçoit sur la mutation; et, pour M. Duranton, le payement des frais par le vendeur se résumerait en une sorte *de prêt* que celui-ci ferait à l'acquéreur. Quant à la Cour de Caen, d'où émane l'arrêt auquel nous faisions allusion tout à l'heure, elle s'est bornée à affirmer et n'a pas cru devoir motiver son affirmation. Il faut donc laisser cette autorité à l'écart. Nous ne nous attacherons pas non plus à celle de M. Persil. La circonstance que notre article parle du *prix* seulement avait conduit cet auteur, on l'a vu plus haut (*voy.* n° 192), à conclure que le privilége ne s'étendrait pas même aux intérêts du prix; mais il a compris bientôt que l'interprétation ainsi faite du texte serait par trop judaïque, et il a rétracté son erreur. Pourquoi la rétractation n'est-elle pas allée plus loin? Pourquoi, quand M. Persil finit par reconnaître et concéder, après l'avoir contesté d'abord, que les intérêts sont bien l'accessoire du prix, n'a-t-il pas étendu sa concession aux frais et loyaux coûts du contrat? On ne voit pas la raison de distinguer; et la concession que la vérité des choses a arrachée à M. Persil par rapport aux premiers, condamne dans son principe même la solution restrictive qu'il donne à l'égard des seconds. M. Duranton nous dit bien que le fisc n'ajoute pas le coût de l'acte au prix pour percevoir le droit d'enregistrement sur le tout. Mais M. Duranton ne prend pas garde que le fisc ne perçoit pas non plus le droit *sur les intérêts*. Qu'est-ce à dire? Qu'en thèse générale, le droit fiscal n'admet pas qu'on ajoute au prix les charges dérivant de la loi; mais assurément cela ne saurait prouver que les intérêts ne sont pas l'accessoire du prix. C'est évident pour tout le monde et pour M. Duranton lui-même, puisqu'il admet, avec tous les auteurs, que le privilége du vendeur garantit les intérêts aussi bien que le principal. Or, en quoi les frais des actes diffèrent-ils, sous ce rapport, des intérêts? Sans doute, ces frais et ceux de transcription sont, de droit, à la charge de l'acquéreur; les art. 1593 et 2155 le disent même expressément, le premier pour les frais d'acte, l'autre pour les frais de transcription. Cela fait-il que ces frais ne soient pas une partie du prix? Non évidemment : ils rentrent si bien dans les éléments du prix que les art. 1630 et 1673 du Code Napoléon obligent le vendeur à les rendre à l'acquéreur en cas d'éviction ou de réméré, et que l'art. 2188 le comprend dans le prix à rembourser à l'adjudicataire dépossédé par surenchère. C'est qu'en effet ces frais et l'obligation de les payer sont entrés comme partie essentielle dans les conditions de la vente; c'est que les parties ont pris tout cela en considération lorsqu'elles ont fixé entre elles la valeur de la propriété; c'est qu'elles ont dit nécessairement que cette valeur, dans son ensemble, serait la résultante de la part faite au vendeur et de la part réservée pour le payement des frais. Donc, de quelque côté qu'il vienne, le payement des frais sera toujours l'accomplissement d'une obligation dérivant du

contrat de vente, et les frais payés seront toujours la représentation d'une partie du prix.

Et ne dites pas, avec M. Duranton, que précisément parce que cette partie du prix est, comme l'autre, à la charge de l'acquéreur, le payement qui en est fait par le vendeur implique l'idée d'un prêt de la part de celui-ci! Ce serait se méprendre encore sur la réalité des choses. Car, venons aux faits, et voyons dans quelles circonstances il arrive que le vendeur paye à la place de l'acquéreur. Ceci peut se faire, indépendamment du cas où les frais sont mis, par exception, à la charge du vendeur (cas dont nous parlerons tout à l'heure), dans trois circonstances particulières : le vendeur peut payer les frais de l'acte, pour obtenir son titre, en vue de poursuivre le recouvrement de son prix; il paye encore, pour faire transcrire, les frais de la transcription, en vue d'assurer la conservation de son privilége; enfin il peut être obligé à payer les frais de l'acte en vertu de l'action solidaire de mandat dont il est tenu envers le notaire. Dans le premier cas, quand il paye pour poursuivre l'acquéreur et obtenir le prix de la vente, évidemment le vendeur ne fait pas un prêt à celui-ci. Il acquitte des frais nécessaires pour arriver au recouvrement qu'il se propose, aussi nécessaires que la saisie qui en doit être la suite. A ce titre, ils constituent des frais de justice : seulement, comme ils ne sont utiles qu'à lui vendeur, ils ne peuvent prendre, dans la collocation, ce premier rang qui est assuré aux frais de justice par l'art. 2101; mais au moins doivent-ils être considérés comme accessoires de la créance du vendeur qui les a payés, et, par cela même, être colloqués avec cette créance et au même rang. — Dans le second cas, l'idée de prêt n'est pas plus admissible : quand le vendeur fait transcrire son contrat, ce qu'il paye est encore une dépense nécessaire, comme dans le cas précédent, puisque c'est par la transcription que le vendeur assure la conservation de son droit vis-à-vis des autres créanciers. Voilà une première raison d'admettre le privilége. Il y en a une autre : c'est qu'il en est ici de la transcription comme de l'inscription dont l'art. 2155 met le coût à la charge du débiteur. Or on ne fait aucune difficulté, en vertu de cet article, pour colloquer la somme dont l'inscrivant doit faire l'avance, au même rang que l'hypothèque conservée par l'inscription. Comment donc en pourrait-il être autrement des frais de transcription quand on voit qu'ils font aussi l'objet d'une disposition de ce même article? — Dans le troisième cas enfin, quand le vendeur paye, par l'effet de l'action de mandat, il paye comme caution de l'acquéreur; car si de lui vendeur au notaire il y a obligation solidaire par application de l'art. 2002 du Code Napoléon, il est certain que la dette ne concerne que l'acquéreur, et par suite que, par rapport à celui-ci, le vendeur doit être considéré comme simple caution d'après l'art. 1216 du même Code. Or ce cautionnement, c'est dans le contrat de vente, bien évidemment, qu'il prend naissance. Le privilége s'y attache donc comme aux autres obligations résultant de la vente au profit du vendeur. Opposerait-on que le notaire, créancier direct des frais, n'est pas privilégié vis-à-vis de l'acquéreur? Mais qu'importe? Ce n'est pas comme

subrogé aux droits du notaire que le vendeur réclame, c'est en vertu de son propre droit, droit préexistant et dérivant, en sa faveur, du contrat même de vente qui a fait de la dette des frais une portion du prix et l'a affranchi, lui vendeur, du payement de ces frais pour les mettre à la charge de celui sur qui pèse la dette du prix. En définitive, la situation du vendeur vis-à-vis de l'acquéreur et des autres créanciers de celui-ci reste, dans cette dernière hypothèse, ce qu'elle est dans les deux autres; car de ce que le vendeur paye ici, par l'effet de l'action de mandat, il ne s'ensuit pas évidemment que la nature de la dette soit changée et diffère de ce qu'elle est dans le cas où le vendeur paye spontanément pour conserver son droit ou pour poursuivre; et puisque le privilége, comme nous l'avons démontré, s'étend aux frais dans ces deux cas, il est clair qu'il doit s'y étendre également dans le troisième.

Ainsi, point de distinction entre les intérêts et les frais : les uns et les autres, ils sont l'accessoire du prix, et, à ce titre, ils rentrent dans les termes de notre article, qui déclare le vendeur privilégié pour le payement *du prix*. C'est l'avis qui tend à prévaloir en doctrine et en jurisprudence (1).

195. Toutefois nous supposons, dans la solution qui précède, que les frais étaient à la charge de l'acquéreur, soit en vertu du droit commun, qui, dans le silence de l'acte, fait du payement des frais l'une des obligations de l'acquéreur, soit, ce qui est le cas ordinaire, que le contrat en contienne une disposition expresse. Mais si le vendeur, par une exception qui se produit quelquefois dans la pratique, s'était chargé de payer les frais, non pas à titre d'avance et sauf à les répéter de l'acquéreur, mais à titre de payement définitif et sans recours, les frais, on le comprend, ne seraient pas privilégiés dans ce cas. Ils sont alors la dette personnelle du vendeur; ils ne font plus partie du prix; et on ne saurait accorder de ce chef un privilége au vendeur sans méconnaître la règle d'après laquelle le privilége n'a lieu que pour le prix exprimé au contrat. (*Suprà*, n° 190.)

196. En terminant sur ce point, nous ferons remarquer que, quant au notaire, il n'a, lui, contre les parties, pour le payement des frais, que l'action personnelle de mandat, laquelle n'est pas privilégiée. Ainsi, en thèse générale, le notaire ne pourrait, lorsque les frais sont encore dus, se présenter à l'ordre et y réclamer, de son chef, une collocation privilégiée. Mais il en sera autrement si le notaire se présente à l'ordre comme exerçant, en vertu de l'art. 1166 du Code Napoléon, les droits du vendeur, qui, par une application (qu'on ne conteste plus aujourd'hui) de l'art. 2002 du même Code, est aussi son débiteur. Il doit alors être colloqué comme le vendeur lui-même, soit directement si le vendeur n'a pas demandé collocation pour les frais, soit en sous-ordre si les frais se trouvent compris dans la collocation du vendeur.

---

(1) *Voy.* Grenier (t. II, n° 384), MM. Troplong (n° 220), Rolland de Villargues (v° Privilége, n° 252), Taulier (t. VII, p. 175). — *Voy.* aussi Limoges, 9 janv. 1841; Bordeaux, 6 janv. 1844 (Dev., 42, 2, 270, et 44, 2, 246), et Trib. de la Seine, 7 juin 1849 (*J. du Notariat*, n° 502).



197. Un dernier point nous reste à préciser relativement au privilége du vendeur. Sur quoi porte ce privilége, et dans quelle mesure la chose est-elle grevée? Il s'agit ici d'un privilége spécial, et notre article nous dit, en conséquence, que le privilége porte sur l'*immeuble vendu*. Il ne s'étend donc pas aux autres biens que le débiteur aurait acquis et qu'il aurait réunis à l'immeuble par lui acheté. Bien mieux : si une portion seulement d'immeuble avait fait l'objet de la vente, le privilége ne s'étendrait pas aux autres portions de ce même immeuble. La Cour de cassation a jugé, en ce sens, que celui qui vend à une société une certaine partie d'un immeuble pour un certain prix et apporte, dans la société, le surplus de l'immeuble comme mise sociale, n'a privilége pour le prix stipulé de la partie vendue que sur cette partie de l'immeuble et non sur le surplus qui forme la mise sociale, en sorte que si, la société venant à tomber en faillite, l'immeuble est vendu par les créanciers, l'associé, vendeur primitif, ne peut être colloqué pour le prix qui lui reste dû que sur la partie du prix d'adjudication correspondante à la partie de l'immeuble qui a fait l'objet de la vente (1). C'est là une conséquence directe de la spécialité du privilége. D'autres conséquences encore ont été déduites par la jurisprudence. Ainsi, elle a décidé que le privilége doit être restreint au prix de l'immeuble seul et ne peut s'étendre à celui des constructions ou améliorations qui proviennent du fait de l'acquéreur (2). Mais nous revenons sur ce point dans le commentaire de l'art. 2133, qui, relativement aux hypothèques, pose, au contraire, le principe que l'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué. Nous ajouterons seulement ici que, tout en renfermant dans ses limites les plus étroites la disposition de notre article, on ne saurait aller jusqu'à dire qu'une simple transformation de l'immeuble vendu pourrait avoir pour effet l'extinction du privilége du vendeur. Par exemple, je vous ai vendu une maison, et vous en avez fait un jardin; je vous ai vendu un champ, et vous y avez planté une vigne : il est clair que mon privilége subsistera nonobstant ces transformations. C'est le principe posé par la loi 16, ff. *de pign. et hypoth.*; l'application en est faite, sous le Code Napoléon, par tous les auteurs (3).

198. Indépendamment du privilége dont nous venons de parler, la loi donne un autre droit au vendeur non payé de son prix; il peut encore, aux termes de l'art. 1654 du Code Napoléon, demander la résolution de la vente. Dans le système du Code Napoléon, ces deux droits étaient tellement distincts et indépendants, que l'action résolutoire subsistait encore après la perte du privilége. Quelques doutes avaient été élevés d'abord à cet égard; dans les premiers temps, il avait paru impossible d'admettre qu'un tiers acquéreur qui ne pouvait plus être poursuivi hypothécairement par le vendeur, pût cependant être dépossédé par lui au

(1) Rej., 13 juill. 1841 (Dev., 41, 1, 731).
(2) *Voy.* Lyon, 26 janv. 1835. — *Voy.* encore Paris, 18 janv. 1837.
(3) *Voy.* MM. Persil (art. 2103, § 1, n° 8); Dalloz (*loc. cit.*, n° 12), Duranton (t. XIX, n° 158).

moyen de l'exercice de l'action résolutoire. Mais cette idée n'avait pas résisté à l'examen; et l'on n'avait pas tardé à reconnaître que le vendeur, comme l'exprime Marcadé (*voy*. art. 1654, n° 2, *in fine*), ayant deux droits distincts, d'après les textes, celui d'agir pour son payement en créancier privilégié et non en créancier ordinaire, puis celui de reprendre sa chose si on ne le payait pas, la perte du premier le réduisait sans doute à n'avoir plus que le second, mais qu'il avait toujours ce second; qu'il n'était plus que créancier ordinaire au lieu d'être créancier privilégié, mais qu'il était toujours créancier, toujours vendeur non payé et en possession dès lors du droit de faire résoudre la vente. C'était là un point constant (1). On allait plus loin encore; on admettait, et c'était conforme aux principes, que le vendeur pouvait exercer l'action résolutoire entre les mains du tiers acquéreur, même quand celui-ci avait régulièrement purgé l'immeuble par lui acquis (2). Nous n'avons pas besoin d'insister ici sur les inconvénients et les dangers de ces règles qui, tout exactes qu'elles fussent, avaient pour résultat, non-seulement de mettre les plus grandes entraves aux ventes d'immeubles, mais encore d'enlever toute sécurité aux tiers acquéreurs, qui, même après une vente faite sous l'autorité de la justice, après les procédures si longues et si dispendieuses de l'expropriation et de l'ordre, pouvaient, du moins jusqu'à la loi du 2 juin 1841, modificative du titre des Saisies immobilières (*voy*. Code de procédure, art. 717), être évincés par un précédent vendeur non payé. Ces inconvénients et ces dangers, que la doctrine a dès longtemps signalés (3), ont appelé enfin l'attention du législateur. Déjà l'Assemblée nationale s'en était préoccupée dans la discussion dont la réforme du régime hypothécaire avait été l'objet dans son sein, et sa première pensée avait été de supprimer l'action résolutoire. C'était aller au delà du but, car l'action résolutoire, consacrée par l'art. 1184 en principe général, et appliquée par l'art. 1654 au contrat de vente, se justifie par de très-sérieuses considérations : aussi comprit-on bientôt qu'au lieu de supprimer le droit, il y avait seulement à en régler l'exercice; et l'action résolutoire fut rétablie, mais avec cette réserve que le vendeur en était déchu (à l'égard du tiers ayant un droit réel légalement conservé sur l'immeuble) s'il avait perdu son privilége. Tel était le projet qui avait été préparé pour la troisième délibération. On sait par suite de quelles circonstances ce projet n'a pas abouti; mais il a été repris, et il est désormais consacré. L'art. 7 de la loi du 23 mars 1855 sur la Transcription dispose, en effet, que « l'action résolutoire établie par l'art. 1654 du Code Napoléon ne peut être exercée, après l'extinction du privilége du vendeur, au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble, du chef de l'acquéreur, et qui se sont conformés aux lois pour les conserver. » Ainsi l'action résolutoire est

(1) *Voy*. Marcadé (*loc. cit.*) et les autorités qu'il cite.

(2) *Voy*. Paris, 11 mars 1816; Limoges, 19 janv. 1824; Montpellier, 20 mai 1827; Cass., 26 mars 1828.

(3) *Voy*. les articles de Jourdan dans la *Thémis* (t. V et VI). — *Voy*. aussi Grenier (t. I, *Discours prélim.*, n° 8, § 6), et M. Troplong (*Préface*).

désormais liée au privilége, en sorte que la perte ou l'extinction de celui-ci entraîne déchéance par rapport à l'autre. Le vendeur, aujourd'hui, conserve son droit de résolution en conservant son privilége; c'est pourquoi nous renvoyons à traiter, sous l'art. 2108, les diverses questions qui se rattachent à l'action résolutoire dans ses rapports avec notre sujet.

III. — 199. *Privilége des cohéritiers et copartageants.* — Nous arrivons à un autre privilége qui, logiquement du moins, eût été mieux en rapport avec les principes du droit romain, selon lequel le partage tenait de la vente et de l'échange, qu'il ne paraît l'être avec le principe posé par l'art. 883 de notre Code, d'après lequel le partage est un acte simplement déclaratif et non attributif de propriété. Le privilége, impliquant en quelque sorte la retenue d'une fraction de la propriété, se fût déduit à merveille de l'idée que, par l'effet du partage, les héritiers transmettent à leurs cohéritiers, à titre d'échange ou de vente, les portions de l'hérédité qui n'entrent pas dans leur lot. Au contraire, ces deux idées, d'une part que l'héritier est censé avoir été toujours propriétaire de la chose échue à son lot et n'avoir jamais eu de droit sur la chose attribuée à son cohéritier, et d'une autre part que cependant tout héritier peut avoir un privilége sur les immeubles que le partage a fait passer à son cohéritier; ces deux idées, disons-nous, paraissent être entre elles dans une évidente contradiction. Sous ce rapport, la loi du 11 brumaire an 7 avait été plus logique. Elle n'avait pas reconnu le privilége du cohéritier. Cela résulte de la combinaison des art. 1 et 14 de la loi, qui, après avoir défini, dans le premier de ces articles, le privilége sur les immeubles, indiquait, dans le second, l'effet du privilége et les créances privilégiées, sans faire mention des cohéritiers. A la vérité, il a été soutenu que si les cohéritiers ou copartageants n'étaient pas nommément désignés, ils se trouvaient suffisamment indiqués dans le § 3 de l'art. 4, sous la dénomination générale de *précédents propriétaires* (1). Mais comme on admettait aussi, sous l'empire de cette loi, le principe que le partage ou la licitation est simplement déclaratif et non attributif, il en devait résulter que la dénomination de *précédents propriétaires* était inapplicable, comme elle l'est aujourd'hui, aux cohéritiers de celui qui, par l'effet de la licitation ou du partage, était censé avoir succédé aux auteurs communs dans la propriété de l'immeuble à lui échu ou dont il s'était rendu adjudicataire. Le privilége des cohéritiers ou des copartageants n'était donc pas reconnu, et dès lors aucun privilége n'a pu résulter des partages ou licitations accomplis sous l'empire de la loi de l'an 7. Ainsi a jugé la Cour de cassation, qui, en outre, décide que le privilége n'a pas été conféré, par la survenance du Code Napoléon, aux copartageants, qui, avant sa promulgation, et sous la loi de brumaire an 7, avaient licité des immeubles communs (2).

Toutefois, si la logique absout la loi de brumaire et l'interprétation

(1) *Voy.*, dans le *Journal du Palais*, à sa date, l'arrêt de Rennes du 23 mars 1812.
(2) Req., 17 nov. 1851 (Dev., 52, 1, 49; Dall., 51, 1, 313; *J. P.*, 1851, t. II, p. 614).

que cette loi a reçue de la jurisprudence, l'équité, il faut l'avouer, y peut trouver beaucoup à redire. L'égalité entre les ayants-droit est de l'essence du partage; la spéculation en doit être complétement bannie. Or, comme toute chose sujette à partage n'est pas susceptible d'une division matérielle, ou d'une division en autant de parts égales qu'il y a de copartageants, et comme alors il faut rétablir l'égalité au moyen de soultes, il pourrait arriver que le créancier de la soulte n'en fût pas payé, et que par là l'égalité du partage fût rompue, si une garantie réelle n'en assurait pas le payement. D'autres circonstances encore sont susceptibles de produire l'inégalité; par exemple, des évictions qui peuvent retrancher du patrimoine de l'auteur commun des biens qui y auraient été indûment compris, et qui, survenant après le partage, pèseraient exclusivement, et contre toute justice, sur celui des héritiers auquel le bien repris aurait été attribué, si la loi n'eût créé et assuré dans son exécution le principe de la garantie des lots. Ces considérations avaient paru décisives sous l'ancienne jurisprudence. Elle avait aussi rejeté les données du droit romain sur la nature des partages. « Selon les principes de notre droit français, très-opposés à ceux du droit romain, dit en effet Pothier (qui résume en ceci l'opinion de tous les jurisconsultes), les partages n'ont aucun rapport avec le contrat d'échange; ce ne sont pas des actes par lesquels les copartageants *acquièrent, ni soient censés acquérir rien les uns des autres* (1). » Ainsi la doctrine avait, déjà dans l'ancien droit, posé la règle que l'art. 883 du Code Napoléon a consacrée depuis. Et cependant le besoin de l'équité, la force de la raison, et même l'intention présumée des parties y aidant, on dut reconnaître que les lots seraient obligés et hypothéqués l'un pour l'autre. « Il est certain, dit Lebrun, que la soulte de partage est privilégiée sur le lot qui doit la soulte; » et tous les auteurs ont dit, comme Lebrun, que le privilége ou l'hypothèque tacite était, en ceci, une nécessité découlant de la nature même des choses et du principe d'égalité sous la foi duquel les ayants-droit avaient partagé (2). Ce sont ces règles que notre article reproduit et confirme, en rangeant dans la classe des créanciers privilégiés « les cohéritiers, sur les immeubles de la succession, pour la garantie des partages faits entre eux, et des soulte ou retour de lots. » — Ici, deux points à examiner. Quelles personnes jouissent du privilége? Quelles sont les créances garanties, et sur quels biens?

200. D'abord le privilége ne peut être invoqué, cela est de toute évidence, que par des copartageants, et il n'a pas lieu tant que le partage du bien indivis n'a pas été opéré (3); mais il appartient à toute personne devenue créancière par l'effet d'un partage qui a fait cesser l'indivision et quelle que soit la cause qui produisait l'indivision. A la vérité, l'art. 2103 parle uniquement des *cohéritiers*, d'où résulterait que le privilége

(1) *Voy.* Pothier (*De la Vente*, n° 631).
(2) *Voy.* Lebrun (*Des Successions*, liv. 4, ch. 1, n° 34), Basnage (*Des Hypothèques*, ch. 6), Louet (lett. H, somm. 2).
(3) *Voy.* Agen, 6 août 1852 (Dall., 53, 2, 28).

serait accordé seulement dans le cas où l'indivision rompue par le partage aurait sa cause dans l'ouverture d'une succession. Mais la restriction n'est qu'apparente, et la disposition de notre article, incomplète sous ce rapport, est complétée tant par l'art. 2109 que par l'art. 1476. Le premier de ces articles, qui détermine le mode suivant lequel est conservé le privilége dont nous nous occupons ici, mentionne le *copartageant* à côté du cohéritier, et par cette expression générale il fait suffisamment entendre que le privilége est attribué à tout communiste sur les immeubles partagés, quelle que soit l'espèce d'indivision qui a cessé par l'effet du partage; et le second article précise cela pour l'indivision spéciale qui résulte de la communauté conjugale, quand il dit que « le partage de la communauté, pour tout ce qui concerne ses formes, la licitation des immeubles quand il y a lieu, les effets du partage, la garantie qui en résulte, et les soultes, est soumis à toutes les règles qui sont établies au titre *Des Successions* pour les partages entre cohéritiers. » Or le privilége est une de ces règles qui, pour n'être pas établies précisément au titre *Des Successions*, n'en dérivent pas moins du principe posé dans ce titre; en sorte que rendre applicables au partage de la communauté conjugale toutes les règles et tous les effets des partages de succession, c'est nécessairement le faire participer au privilége consacré par notre article. Ainsi tout partage, quelle que soit la cause de l'indivision qui y donne lieu, fait naître le privilége au profit du copartageant demeuré créancier. Ceci est sans aucune difficulté.

201. Mais quelles sont les créances résultant du partage auxquelles s'attache le privilége, et quels sont les biens grevés? Ce second point soulève, au contraire, de très-graves controverses. Ici encore l'art. 2103 ne dit pas tout ce qu'il devrait dire, car il mentionne seulement la garantie des partages et celle des soulte et retour de lots; mais sa disposition est complétée par l'art. 2109, qui parle, en outre, du prix de la licitation. C'est à ces trois objets que s'applique le privilége. Reprenons-les successivement.

202. Le copartageant est privilégié d'abord pour la *garantie du partage* sur les biens précédemment indivis. Quelle est ici la prévision de la loi? C'est le cas où chacun des copartageants ayant reçu sa part afférente, l'égalité vient ensuite à être rompue par l'effet d'une éviction qui a enlevé à l'un d'eux tout ou partie des biens compris dans son lot. Ainsi, voici une hérédité composée de quatre immeubles d'une valeur égale, soit 50,000 fr. chacun, et quatre héritiers ayant un droit égal aux biens compris dans cette hérédité. Le partage s'effectue; chaque héritier y reçoit son immeuble. Mais l'auteur commun, qui les détenait tous, n'était pas, cependant, propriétaire de l'un des quatre, et il arrive qu'après le partage l'héritier auquel était échu cet immeuble, indûment possédé par l'auteur commun, en est évincé. Aussitôt naît une créance en faveur de cet héritier contre les trois autres, car l'éviction procède ici d'une cause antérieure au partage (Code Napoléon, art. 884), et, en principe, chacun des cohéritiers est personnellement obligé, en proportion de sa part héréditaire, d'indemniser son cohéritier de la perte

que lui a causée l'éviction (art. 885) : c'est précisément cette créance que l'art. 2103 déclare privilégiée.

Maintenant, dans quelle mesure et sur quels biens cette créance est-elle privilégiée? Sur *les immeubles de la succession*, répond ce même article. Sur quoi il faut s'entendre. Le droit réel résultant du privilége est, dans cette matière, essentiellement corrélatif à l'action personnelle. Or, par l'action personnelle, chacun des héritiers ne doit l'indemnité de l'éviction que *pour sa part;* l'art. 885 vient de nous le dire. Donc le privilége ne sera pas plus étendu que la créance qu'il garantit, et, par conséquent, il n'aura d'effet sur le bien dont chaque cohéritier a été déclaré propriétaire par le partage que jusqu'à concurrence de la part d'indemnité dont ce cohéritier est tenu. Ainsi, revenons à notre hypothèse : l'éviction a enlevé à l'un des héritiers la totalité de son lot, c'est-à-dire un immeuble qui valait 50,000 fr., et dans lequel le droit indivis de chaque héritier, avant le partage, était de la valeur du quart, soit 12,500 fr. Voilà donc la mesure dans laquelle chacun des quatre héritiers doit supporter la perte résultant de l'éviction. Ainsi, l'héritier évincé, qui doit aussi subir la perte pour sa part, a une créance de 37,500 fr. au total, contre ses trois cohéritiers : seulement, comme la perte doit se répartir également entre tous, comme chacun des trois héritiers restés en possession de leur lot ne doit, à celui qui a été évincé du sien, que la somme pour laquelle il participe à la perte commune, la créance se divise, et avec elle ou comme elle se divise, pour ainsi dire, le privilége qui affecte bien tous les lots, mais qui ne grève chacun d'eux que jusqu'à concurrence de 12,500 fr. En ce sens, notre article parle exactement quand il dit que le cohéritier est privilégié *sur les immeubles de la succession* pour la garantie du partage; mais, on le voit, ce serait tirer de ses expressions une induction très-fausse d'en conclure que le privilége attaché à la créance du cohéritier évincé affecte chaque lot dans la mesure de la créance prise dans son total.

Nous supposons dans tout ceci, d'une part, que tous les cohéritiers sont restés solvables, et, d'une autre part, que l'éviction d'où est née la créance a procédé d'une cause antérieure au partage ou s'est accomplie sans la faute du cohéritier évincé. Si quelque chose était changé à ces termes, les solutions en seraient nécessairement modifiées. Par exemple, si nous supposons, dans notre espèce, qu'après le partage et avant l'éviction soufferte par l'un des cohéritiers, un autre ait perdu son lot et soit devenu complétement insolvable, la répartition se fera d'une autre manière. Dans ce cas, l'art. 885 du Code Napoléon nous dit que si l'un des cohéritiers se trouve insolvable, la portion dont il est tenu doit être également répartie entre le garanti et tous les cohéritiers solvables. Ainsi, la part dont l'insolvable était tenu se répartissant également entre le cohéritier évincé et les deux autres, il arrivera que la dette résultant de l'éviction s'augmentera pour chacun de ces deux derniers d'une somme de 4,166 fr. 66 cent., formant le tiers des 12,500 fr. dont l'insolvable était tenu, et conséquemment que l'immeuble compris dans le lot de chacun d'eux sera grevé du privilége jusqu'à concurrence de

16,666 fr. 66 cent. (1). Par exemple encore, si nous supposons que l'éviction procède d'une cause née après le partage (2), ou bien que l'éviction, quoique procédant d'une cause antérieure au partage, a été soufferte par la faute du créancier évincé, comme s'il a négligé de se défendre quand il le pouvait faire avec succès, il n'y aura pas de privilége possible, car il n'y aura pas de créance, l'obligation de garantie cessant, dans ces cas, suivant la disposition formelle des art. 884 et 885 du Code Napoléon.

203. D'ailleurs, le privilége étant établi en vue de l'égalité des partages, et devant par conséquent garantir toutes les pertes qui pourraient rompre cette égalité, il s'ensuit que l'éviction d'une créance doit, aussi bien que celle d'un immeuble, donner naissance au privilége. Ainsi, supposons que la masse indivise, dans l'espèce que nous faisions tout à l'heure, fût de trois immeubles valant chacun 50,000 fr. et d'une créance de 50,000 fr.; celui des héritiers qui aurait consenti à prendre cette créance pour sa part aurait, s'il en était évincé par une cause antérieure au partage, le même recours et les mêmes sûretés contre ses cohéritiers que si son lot eût été formé d'un immeuble qu'une éviction lui aurait ensuite enlevé. Il faut ajouter même qu'ici, à la différence de ce qui a lieu dans le droit commun d'après lequel celui qui cède une créance en garantit l'existence, mais ne garantit pas, *en principe*, la solvabilité du débiteur cédé (*voy*. art. 1693 et suiv., et le Commentaire de Marcadé sur ces articles), les héritiers répondent de la créance, non-seulement quant à son existence, mais encore quant à la valeur même pour laquelle elle a été prise au moment du partage : c'est à cette condition seulement que les lots auront été également formés.

Deux questions se rattachent à ceci : l'une de savoir si le privilége s'étend aux rapports à faire entre copartageants et aux restitutions de fruits dus par l'un d'eux; l'autre, s'il s'étend au recours du copartageant recherché pour des dettes communes que le partage avait mises à la charge d'un autre copartageant.

204. Sur la première question, deux situations peuvent se présenter : ou la créance des fruits est placée dans le lot de celui qui a perçu ces fruits pendant l'indivision, ou elle est attribuée à un autre ou à plusieurs autres cohéritiers. Dans le premier cas, on le comprend, il ne saurait y avoir lieu à privilége, puisque le copartageant auquel la créance est attribuée est à la fois créancier et débiteur, et qu'ainsi il s'opère une confusion qui éteint la dette. Au second cas, les rapports et restitutions de fruits sont le principe d'une créance dont garantie est due au copartageant qui les reçoit dans son lot, comme de toute autre créance qui lui aurait été abandonnée par le partage, par conséquent dans la même mesure et avec les mêmes sûretés. Le privilége s'y attachera donc. Toutefois, la jurisprudence est incertaine sur ce point. Quelques arrêts décident d'une manière absolue que le privilége ne s'étend pas à la resti-

(1) *Voy*. M. Zachariæ (p. 119, 3°, *in fine*).
(2) *Voy*. Orléans, 26 juill. 1849 (Dall., 50, 2, 29; Dev., 50, 2, 49); Agen, 22 déc. 1846 (Dev., 47, 2, 204; Dall., 47, 2, 87).

tution des fruits (1); d'autres jugent que, du moins, le privilége ne pourrait être exercé qu'en vertu de l'inscription prise dans les termes de l'art. 2109 (2); d'autres enfin décident, au contraire, d'une manière générale, que le privilége s'étend aux jouissances perçues par l'un des copartageants sur la portion des autres (3). Cette dernière solution rentre mieux évidemment dans le principe de l'égalité des partages; elle est, à ce titre, admise par la majorité des auteurs (4) : nous pensons qu'il faut s'y rattacher.

205. Sur la seconde question, ce même principe d'égalité a conduit la Cour de cassation à reconnaître que le privilége doit aussi être accordé. L'égalité, a-t-elle dit, serait à tout instant blessée si la loi n'assurait pas, entre copartageants, le remboursement de la dette héréditaire que l'un aurait été obligé de payer pour l'autre (5). C'est aussi notre avis. Mais, bien entendu, nous supposons que celui qui a payé à la décharge du copartageant tenu de la dette y a été contraint par suite de quelque action solidaire ou autre (6). Car, s'il avait payé volontairement et sans y être forcé, il serait comme tout autre créancier qui aurait acquitté la dette d'un autre, et n'aurait droit à aucune sûreté spéciale pour se faire rembourser. Pothier fait une application particulière de ces principes au partage de communauté, quand il suppose que le mari a payé, après la dissolution, la part que sa femme ou les héritiers de sa femme devaient supporter dans les dettes de la communauté. « Je pense, dit-il, qu'on ne peut refuser au mari, pour son action d'indemnité, une hypothèque privilégiée sur les conquêts échus à la femme par le partage, la femme ne pouvant avoir droit de prendre part aux biens de la communauté qu'à la charge de payer les dettes (7). » Cette application particulière a été critiquée par quelques auteurs; mais elle est plus généralement approuvée (8), et elle doit l'être, parce qu'en définitive l'égalité qui, sauf convention contraire, doit aussi être maintenue dans les partages de communauté, courrait le risque d'être brisée si, quand le mari a été contraint de payer une dette que le partage avait mise à la charge de sa femme, la créance qu'il acquiert à l'instant même contre celle-ci n'était pas protégée par le privilége.

206. Un point reste à examiner sur la première des créances pouvant naître du partage : c'est celui de savoir si le privilége a lieu dans les partages d'ascendants. Pourquoi n'aurait-il pas lieu? De tels actes, dans

(1) *Voy.* Aix, 12 juill. 1826; Pau, 28 juill. 1828.

(2) *Voy.* Toulouse, 9 juin 1824.

(3) *Voy.* Riom, 3 juill. 1822 et 14 fév. 1828; Req., 11 août 1830 (Dev., 31, 1, 63); Req., 3 août 1837 (Dev., 38, 1, 378).

(4) *Voy.* MM. Zachariæ (t. II, p. 119, note 10), Taulier (t. VII, p. 181), Troplong (t. I, n° 239, 4°). — *Voy.* cependant Grenier (t. I, n° 159), et M. Duranton (t. XIX, n° 187).

(5) Req., 2 avril 1839 (Dev., 39, 1, 385).

(6) Conf. Toulouse, 15 janv. 1841 (Dev., 41, 2, 238).

(7) Pothier (*De la Communauté*, n° 762).

(8) *Voy.* MM. Persil (art. 2103, § 3, n° 4), Zachariæ (*loc. cit.*), Troplong (*loc. cit.*, 5°). — *Voy.* cependant Grenier (t. II, n° 390), MM. Dalloz (*loc. cit.*, n° 28), Duranton (t. XIX, n° 188).

l'état actuel de la législation, constituent de véritables partages de présuccession On devra donc leur appliquer toutes les règles ordinaires du partage auxquelles il n'est pas dérogé par les dispositions de la loi spéciale à ces actes. (*Voy.* Marcadé, t. IV, n° 273.) Or il n'est pas dit un mot dans les art. 1075 et suivants du Code Napoléon d'où l'on puisse induire la dérogation, pour les partages d'ascendants, au principe qui consacre, en faveur des cohéritiers et copartageants, un privilége pour la garantie des partages. Le privilége y doit donc être admis. C'est l'opinion générale (1).

207. Notre article place au même rang que la garantie des partages les soulte et retour de lots. Ici la loi prévoit le cas où les biens compris dans l'indivision ne pouvant pas être divisés en portions égales, il a fallu, dans le partage, rétablir l'équilibre au moyen de soultes mises à la charge des lots les plus forts en faveur des lots les plus faibles. Soit une succession dans laquelle se trouvent : 1° un immeuble impartageable en nature, lequel immeuble est d'une valeur de 20,000 fr.; 2° un autre immeuble, également impartageable, de 30,000 fr.; 3° un titre de 10,000 fr. Trois héritiers, ayant des droits égaux, viennent au partage. La part de chacun, dans cette situation, est de 20,000 fr.; mais comme les biens compris dans la succession ne se prêtent pas à une division en trois parts égales de 20,000 fr., les héritiers consentent à ce que chacun prenne l'un des objets indivis, en mettant à la charge de celui qui prend le second immeuble une soulte de 10,000 fr. au profit de celui à qui le titre de 10,000 est attribué. Voilà donc l'égalité établie, puisque chacun des ayants-droit obtient une somme égale de 20,000 fr.: seulement, l'égalité s'établit au moyen de la créance que l'un des copartageants acquiert sur l'un des deux autres : c'est cette créance que l'art. 2103 déclare privilégiée.

Mais sur quels biens porte le privilége? Grève-t-il à la fois l'immeuble tombé au lot de celui qui ne doit pas la soulte aussi bien que l'immeuble du lot qui la doit? Ou bien affecte-t-il seulement ce dernier immeuble? La question est controversée. D'une part, M. Tarrible, dont l'opinion, du reste, est suivie par la majorité des auteurs, se prononce en faveur de l'affectation la plus générale. « La loi, écrit-il, dit sans restriction que les immeubles de la succession sont affectés d'un privilége en faveur du cohéritier auquel il est dû soulte ou retour. Cette expression comprend tous les immeubles de la succession, sans distinguer ceux qui sont échus dans un lot chargé de la soulte, de ceux qui sont échus dans un lot non chargé de retour; et nous ne pouvons distinguer là où la loi ne distingue pas. L'affectation sur tous les immeubles de la succession est, de plus, fondée sur des motifs faciles à saisir. Ce n'est pas, en effet, par une convention pure, ni par un consentement spontané du cohéritier auquel il est dû une soulte, qu'un

(1) *Voy.* Limoges, 8 janv. 1847; Cass., 4 juin 1849; Montpellier, 19 fév. 1853 (*J. P.*, 1847, t. II, p. 316; 1849, t. I, p. 353; 1855, t. II, p. 173; Dalloz, 1853, 2, 204). — *Voy.* encore Grenier (t. II, n° 407), Favard (v° Priv., sect. 4, n° 8), MM. Persil (*Quest.* t. I, ch. 6, § 8), Duranton (t. XIX, n° 189), Dalloz (*loc. cit.*, 27), Troplong (n° 315).

excédant se trouve dans le lot de l'un des deux cohéritiers; c'est par la nécessité résultant de la difficulté des divisions, et constatée, soit par un jugement, soit par la reconnaissance de tous les cohéritiers. Si donc l'intérêt de tous les cohéritiers a déterminé ce partage inégal et a établi une soulte en faveur de l'un d'entre eux, tous les autres doivent répondre, sur les biens de la succession, du payement de la soulte, de la même manière qu'ils seraient tous responsables d'une éviction soufferte par l'un des cohéritiers... (1) » D'une autre part, au contraire, M. Delvincourt exprime que « le copartageant auquel une soulte est due conserve un privilége *sur les biens du lot qui en est chargé*, en prenant une inscription sur lesdits biens, dans les termes de l'art. 2109 du Code Napoléon (2). »

Pour nous, nous n'hésitons pas à adopter l'avis de M. Tarrible, mais seulement dans l'une des deux hypothèses qui peuvent se présenter, celle où le copartageant grevé de la soulte aurait été insolvable dès l'époque même du partage. Il y a là une insolvabilité dont les effets doivent se répartir entre tous les copartageants dans les termes indiqués par M. Tarrible et que nous avons rappelés plus haut (*voy.* n° 202), parce que la soulte n'avait pas en réalité la valeur que les copartageants eux-mêmes lui ont assignée, et que le partage, *ab initio*, est affecté d'un vice qui engage la responsabilité de tous, et exige que le recours accordé au créancier de la soulte soit assuré par un privilége ayant la même étendue que celui dont l'objet est d'assurer le recours en garantie pour le cas d'éviction. En ce sens, notre article s'exprime avec exactitude quand il dit que le cohéritier est privilégié *sur les immeubles de la succession* pour la garantie des soulte et retour de lots.

Mais ce serait autre chose si celui qui a pris la soulte à sa charge était solvable au moment du partage; dans ce cas, l'opinion de M. Delvincourt doit être préférée. Dira-t-on que l'insolvabilité du débiteur de la soulte venant à se produire après le partage, l'égalité sera rompue, puisque, en définitive, la soulte ne sera pas payée? On le dirait à tort. Car l'insolvabilité, en tant qu'elle ne survient qu'après le partage, ne détruit pas plus l'égalité de ce partage que ne la détruirait tout fait accidentel qui, après le partage aussi, entraînerait, pour l'un des copartageants, la perte, en tout ou en partie, des biens compris dans son lot. Par exemple, revenant à notre espèce, supposons que celui des héritiers auquel est échu l'immeuble de 20,000 fr., et qui dès lors a reçu, ni plus ni moins, ce qui lui revenait pour sa part, perde cet immeuble dans un incendie, ou que, par l'abandon de la route sur laquelle l'immeuble était situé, il en voie la valeur amoindrie de moitié, cet héritier n'aura assu-

(1) Tarrible (*Rép. de Merlin*, v° Priv., sect. 4, § 3). — *Voy.*, dans le même sens, MM. Dalloz (*loc. cit.*, n° 25), Duranton (t. XIX, n° 186), Zachariæ (t. II, p. 119), Taulier (t. VII, p. 181), Troplong (t. I, n° 239). — *Voy.* aussi les motifs d'un arrêt de Riom, du 14 fév. 1828, rapporté à sa date par le *Journal du Palais*, et dans le Recueil de M. Devilleneuve, avec l'arrêt de rejet du 11 août 1830.

(2) Delvincourt (t. II, p. 47). — *Voy.*, dans le même sens, MM. Hureaux (*Études théor. et prat. sur le Code civil*, t. I, nos 54 et suiv.), Mourlon (*loc. cit.*, n° 172).

rément ni recours contre la personne ni privilége sur les lots de ses cohéritiers pour la réparation de la perte qu'il souffre : ceux-ci lui opposeraient, avec toute raison, qu'entre eux et lui tout a été conclu et consommé par le partage régulier qui a fait cesser l'indivision ; que si, par une cause accidentelle et dans tous les cas postérieure au partage, il a perdu tout ou partie des biens à lui échus, c'est un fait malheureux dont ils ne peuvent être responsables à aucun titre, et dont les conséquences dès lors doivent peser exclusivement sur lui. Or, ce qu'on opposerait, dans l'espèce, à cet héritier qui aurait perdu son lot, il sera fondé, par une juste réciprocité, à l'opposer lui-même à celui qui, n'ayant pas été payé de la soulte, prétendrait exercer une action, avec privilége, contre lui qui ne la devait pas. Il pourra dire que l'insolvabilité du débiteur, survenue après le partage, est aussi un fait accidentel dont les conséquences ne doivent pas l'atteindre, un fait accidentel qui n'empêche pas que le partage, à l'origine, n'ait été accompli dans les conditions d'une égalité parfaite, puisque le débiteur de la soulte, étant solvable alors, la créance dont celui-ci était chargé avait bien, dans la réalité, la valeur pour laquelle elle avait été comprise au partage. Il pourra dire, de plus, que le partage une fois consommé, tout ce qui concerne la soulte devient une opération particulière dans laquelle il n'y a plus d'intéressés que celui qui doit la soulte et celui à qui elle est due, et que celui-ci, n'ayant pas de recours, pour le payement, contre les héritiers étrangers à cette opération, ne saurait avoir de privilége sur les biens à eux échus, puisque le privilége, ici où les cohéritiers sont tenus moins comme tiers détenteurs que comme garants et dans la mesure de leur obligation personnelle (1), est essentiellement corrélatif à l'action personnelle, et que là où l'action personnelle fait défaut, le privilége n'a plus ni cause ni prétexte.

Telle est, sur cette grave question, la distinction que nous croirions devoir suivre ; elle laisserait aux tribunaux le soin d'apprécier si le débiteur de la soulte était ou non solvable au moment du partage, pour arriver ensuite à décider si le privilége devra s'étendre à tous les lots ou être restreint à celui qui est chargé de la soulte. Dans ces termes, cette solution est certainement conforme aux principes et à l'équité, et les textes peut-être ne la contredisent pas. Car si l'art. 2103 et l'art. 2109 parlent d'une manière générale *des immeubles de la succession* et *des biens de chaque lot*, il est vrai de dire aussi que ce dernier article, dans sa disposition finale, exprime la pensée du législateur dans des termes bien plus restrictifs, lorsque, après avoir fixé le délai qu'il accorde pour l'inscription à l'effet de conserver le privilége du cohéritier ou copartageant, il ajoute : « Durant lequel temps aucune hypothèque ne peut avoir lieu *sur le bien chargé de la soulte* ou adjugé par licitation, au préjudice du créancier de la soulte ou du prix. » Il semble bien résulter de cette dernière disposition que, dans la pensée du législateur, le privilége ne devra grever que le bien chargé de la

(1) *Voy.* M. Duranton (t. XIX, nº 185), et comp. l'art. 876 du Code Napoléon.

soulte. C'est ce que nous soutenons, pour le cas du moins où le débiteur sera reconnu avoir été solvable au moment du partage. Cependant, nous en convenons, les expressions plus générales dont se sert aussi le législateur, dans ce même article et dans l'art. 2103, prêtent à l'équivoque; et bien que ces expressions, même dans leur généralité, trouvent leur justification dans le système que nous avons exposé, en ce qu'alors elles s'appliqueraient au cas d'une insolvabilité contemporaine du partage, il y aurait tout avantage à ce que la loi s'expliquât d'une manière plus précise et plus nette. Ainsi en ont pensé les rédacteurs de la loi qui a modifié le régime hypothécaire en Belgique. Ils ont voulu que le privilége grevât tout au plus la totalité du lot chargé de la soulte; et l'art. 27 de la loi belge du 16 décembre 1851 exprime nettement que les cohéritiers ou copartageants sont privilégiés « pour le payement des soulte ou retour de lots, sur tous les immeubles *compris dans le lot chargé de la soulte*, à moins que, par l'acte de partage, le privilége n'ait été restreint à un ou plusieurs de ces immeubles » Dans certaines circonstances exceptionnelles, comme disait le rapporteur de la loi belge, « cela pourra porter préjudice au copartageant créancier de la soulte; mais, quant à lui, il devra s'imputer d'avoir accepté une garantie insuffisante ou sujette à détérioration; et quant aux autres cohéritiers, il y a un grand intérêt à ce que tous leurs biens ne soient point grevés d'une inscription à raison d'une dette souvent minime, et dont ils ne sont pas personnellement débiteurs (1). » Ce sont bien là, pensons-nous, les idées dans lesquelles notre loi est conçue; mais il faut regretter qu'elle ait été rédigée en termes assez équivoques pour que l'idée contraire ait prévalu, au grand détriment des détenteurs d'immeubles provenant de partages consommés avec soulte, en ce que la solution et les éventualités qu'elle comporte peuvent paralyser ou même détruire leur crédit.

207. Si un délai a été accordé pour le payement de la soulte avec stipulation d'intérêts (stipulation nécessaire pour qu'une telle dette soit productive d'intérêts), le privilége s'étendra aux intérêts, car ils font partie de la soulte. Ceci n'est pas contesté, du moins quant aux intérêts à courir jusqu'à l'échéance du terme convenu : on reconnaît pour ceux-là que, étant inscrits avec le capital, ils doivent être colloqués avec lui et au même rang, pourvu qu'ils ne soient pas prescrits. Mais si le débiteur de la soulte ne payait pas à l'échéance, qu'adviendrait-il des intérêts à courir depuis cette échéance jusqu'au jour du payement effectif? M. Troplong enseigne, à cet égard, que, le terme venu, le créancier de la soulte n'a plus que le droit d'exécuter ou de former une demande judiciaire à l'effet de faire courir de nouveaux intérêts; que ces nouveaux intérêts ne pourront être inscrits que lorsqu'il y aura jugement, et que le jugement, n'entraînant qu'une hypothèque générale et pas de privilége, ne donnera rang au créancier que du jour de l'inscription (2). Nous n'irions pas aussi loin dans cette voie. Il nous paraît

(1) *Voy.* M. Delebecque (*Comment. législat.*, p. 142).
(2) *Voy.* M. Troplong (nº 240).



que la stipulation d'intérêts une fois faite, produit, par elle seule, tout son effet tant que le créancier n'est pas payé, et qu'ainsi à l'échéance du terme, ce créancier n'a pas à former de demande judiciaire pour faire courir de nouveaux intérêts. Il en est, sous ce rapport, d'une soulte comme d'un capital prêté, lequel ne produit pas non plus d'intérêts de droit. Or, si je vous prête 10,000 fr. pour trois ans à raison de 5 pour 100 par an, et si vous ne me payez que dans quatre ans, il est bien clair que j'aurai droit de vous demander quatre années d'intérêts, bien qu'à l'expiration de la troisième année je n'aie pas formé une demande judiciaire contre vous. Il en doit être de même dans le cas où, à la place d'une créance pour prêt, nous avons une créance pour soulte. Le créancier de la soulte pourra donc s'inscrire à l'expiration du terme, sans qu'il ait obtenu un jugement de condamnation. Mais nous admettons que les intérêts en vue desquels l'inscription nouvelle sera prise, c'est-à-dire ceux dont le point de départ est à l'échéance du terme fixé pour le payement de la soulte, constituent, comme le dit M. Troplong, non pas une créance privilégiée, mais une créance hypothécaire seulement, d'après l'art. 2113; c'est évident, puisque, par la seule force des choses, l'inscription ne sera pas requise dans le délai pendant lequel elle devrait l'être, aux termes de la loi, pour conserver le privilége du cohéritier ou du copartageant.

208. Enfin, il se peut faire qu'un immeuble compris dans l'indivision n'étant pas commodément partageable, la vente en soit faite aux enchères : c'est la licitation. Dans ce cas, deux situations peuvent se présenter : ou l'immeuble est adjugé à un étranger, ou il demeure à l'un des colicitants qui s'en rend lui-même adjudicataire. Dans la première hypothèse, l'opération présente le caractère d'une vente dans laquelle les colicitants jouent le rôle de vendeur, et l'adjudicataire celui d'acquéreur. Les difficultés que cette situation a pu présenter se sont élevées particulièrement à l'occasion du mode suivant lequel le privilége doit être conservé; nous y revenons dans notre Commentaire de l'art. 2109. Dans la seconde hypothèse, la licitation a tous les effets du partage; les colicitants acquièrent donc, à l'instant, une créance sur celui d'entre eux qui s'est rendu adjudicataire. C'est précisément cette créance qui est déclarée privilégiée, non pas, comme les deux précédentes, par l'art. 2103, qui, nous l'avons dit déjà (nº 201), ne parle pas de cela dans l'énumération qu'il présente, mais par l'art. 2109, dont la disposition complète, sous ce rapport, celle de l'art. 2103.

Mais en quoi consiste la créance privilégiée et sur quels biens porte le privilége? La loi nous dit à cet égard que le cohéritier ou copartageant est privilégié sur le bien licité pour le prix de la licitation. Ainsi, d'une part, c'est le bien licité, et ce bien seulement, qui demeure grevé; en sorte que si le lot du colicitant adjudicataire se composait de l'immeuble licité et d'autres immeubles encore, ces derniers immeubles ne seraient pas atteints par le privilége, en quoi la créance pour prix de licitation diffère de la créance pour soulte, celle-ci étant garantie par un privilége qui affecte tous les immeubles compris dans le lot du débiteur. Ainsi,

d'une autre part, la créance privilégiée, c'est celle du prix de la licitation; et par là il faut entendre la portion du prix revenant au colicitant non adjudicataire. Précisons à cet égard : aussi bien, des complications peuvent se présenter.

Voici, par exemple, une succession qui s'ouvre en faveur de deux héritiers ayant des droits égaux. La succession se compose seulement d'un immeuble qui, n'étant pas partageable en nature, est mis en vente sur licitation. L'un des héritiers se rend adjudicataire moyennant 40,000 fr. La situation ici est très-nette et très-simple : l'autre héritier est devenu à l'instant même créancier de sa part dans le prix, et l'immeuble passe aux mains de l'adjudicataire grevé d'un privilége pour 20,000 fr.

Mais ces 20,000 fr. ne sont pas payés. Que va faire le copartageant auquel ils sont dus? Profitant d'une clause du cahier des charges, qui soumettait l'adjudicataire à la folle enchère (on sait qu'il y a controverse sur le point de savoir si, en l'absence d'une telle clause, la voie de la folle enchère est ouverte en matière de licitation), il prendra cette voie, et l'immeuble, revendu à la folle enchère de l'adjudicataire, sera adjugé à un étranger pour un prix inférieur, par exemple pour 25,000 fr. Quel sera, dans ce cas, le prix pour lequel le copartageant aura son privilége? Pourra-t-il se rattacher encore à la première adjudication, et dire que par là le privilége, qu'il avait comme copartageant, avait été fixé à 20,000 fr.? L'autre héritier ou ses créanciers pourront-ils dire, au contraire, que la première adjudication ayant été effacée par la folle enchère, le seul prix désormais est de 25,000 fr., et, en conséquence, que le privilége ne peut leur être opposé que pour la portion de ce prix revenant au copartageant, c'est-à-dire pour 12,500 fr.? La question n'est pas sans difficulté. Il n'y en aurait aucune si, au lieu d'une folle enchère, nous avions ici une revente faite à l'amiable par le colicitant qui s'était rendu adjudicataire, ou même une adjudication nouvelle à la suite d'une procédure en expropriation qui aurait été suivie contre le colicitant, faute par lui de payer. La revente amiable ou l'adjudication nouvelle n'eût-elle produit que ce même prix de 25,000 fr., la première adjudication n'en subsisterait pas moins comme donnant la mesure dans laquelle le copartageant demeurerait privilégié sur l'immeuble précédemment licité. Car à cette adjudication, que l'adjudication nouvelle ou la revente amiable n'a pas effacée, à cette adjudication, terme final d'une licitation produisant les effets du partage, s'attacherait toujours la fiction de la loi d'après laquelle le copartageant est censé avoir été propriétaire *ab initio* de la chose échue en son lot, et n'avoir été propriétaire que de cela; et comme la chose à lui échue, dans l'espèce, a été, par l'effet de la licitation, une somme de 20,000 fr., il s'ensuivrait que l'immeuble passerait aux mains du nouvel acquéreur ou de l'adjudicataire grevé du privilége jusqu'à concurrence de cette somme de 20,000 fr. Il en serait de ce cas, où nous supposons le prix de la revente inférieur à celui de l'adjudication sur licitation, comme de celui où un immeuble chargé d'une soulte viendrait à être déprécié dans la main du débiteur de la

soulte : la dépréciation diminuerait sans doute le gage du créancier, mais elle ne retrancherait rien au montant de la créance garantie. Tout cela sera-t-il changé maintenant, parce que, au lieu d'une revente amiable ou d'une nouvelle adjudication sur expropriation forcée, nous aurons une adjudication sur folle enchère? C'est la question. Elle s'est présentée devant la Cour de Rouen, et y a été résolue affirmativement (1). Nous croyons qu'elle y a été bien résolue. Les considérations qui précèdent ne peuvent pas, en effet, être invoquées dans cette nouvelle situation. Ici, il y a bien eu aussi une première adjudication; mais elle a été effacée par l'adjudication sur folle enchère qui a fait disparaître la première et avec elle ses conséquences juridiques. Désormais le prix réel, le prix véritable de l'immeuble licité, est celui qu'a donné l'adjudication sur folle enchère; c'est ce prix qui fixera la mesure du privilége. Il y a bien une responsabilité qui pèsera sur le fol enchérisseur à raison de la différence entre les deux prix, et qui pèsera tellement sur lui qu'il sera tenu de cette différence même par corps; mais ceci est la conséquence de principes qui ne touchent pas à la copropriété originaire. Cette responsabilité est la peine de l'enchérisseur téméraire, et elle atteint le cohéritier qui s'est rendu adjudicataire, comme elle atteindrait un étranger; mais elle ne peut avoir pour effet de changer la proportion dans laquelle chacun des colicitants était copropriétaire de la chose licitée, par conséquent du prix véritable ou définitif qui en est la représentation, et de faire que quand chacun des colicitants, comme dans notre espèce, avait droit à la moitié du prix, il arrive cependant que l'un des deux en absorbe à lui seul, au préjudice des créanciers de l'autre, les quatre cinquièmes. Nous croyons donc que, dans ce cas, l'étendue du privilége des colicitants, pour leur part dans le prix de l'adjudication, est déterminée, non par le prix de la première adjudication, mais par celui de l'adjudication sur folle enchère, et que les colicitants n'ont, pour la différence entre le prix de la première adjudication et celui de la revente, qu'une action personnelle, dans les termes de l'art. 740 du Code de procédure. Ainsi a décidé la Cour de Rouen dans l'arrêt auquel nous faisions allusion tout à l'heure; toute autre solution impliquerait, à notre avis, comme l'a dit cet arrêt, une confusion évidente entre des qualités et des titres parfaitement distincts.

IV.— 209. *Des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers.* — Le dernier des trois priviléges *principaux* sur certains immeubles que consacre notre article (voy. *suprà*, n° 184) est celui des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux ou autres ouvrages quelconques, sur la plus-value existant à l'époque de l'aliénation de l'immeuble et résultant des travaux qui y ont été faits. Ce privilége a son principe dans les lois romaines; toutefois, elles étaient fort restrictives à cet égard, puisque leur faveur s'attachait à la reconstruction des édifices

(1) *Voy.* Rouen, 30 déc. 1850 (Dall., 51, 2, 246; *J. P.*, 1852, t. II, p. 472; Dev. 51, 2, 401).

détruits et ne s'étendait pas aux autres ouvrages de construction (1) : le privilége avait été assis sur des bases plus larges par notre ancienne jurisprudence française, qui étendit le principe (2) ; la loi intermédiaire du 11 brumaire an 7 l'a ensuite confirmé ; et notre art. 2103, reproduisant, sauf quelques modifications, les dispositions de l'art. 12 de cette dernière loi, lui a donné le même développement. Néanmoins, les formalités auxquelles le privilége est assujetti sont si nombreuses, les conditions à l'accomplissement desquelles il est subordonné sont telles par leur nature, que rarement, si ce n'est à Paris (où même la pratique a imaginé des combinaisons qui diffèrent de celle de la loi, *voy.* n° 220), les architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers l'acquièrent contre le propriétaire qui les emploie : aussi a-t-on réclamé énergiquement contre l'art. 2103 dans les divers projets de réforme dont le régime hypothécaire a été l'objet en France, et a-t-on demandé la suppression, soit des formes établies par cet article, soit du privilége lui-même (3). Quoi qu'il en soit, venons au commentaire de la loi. Mais dans tout ce qui va suivre, nous parlerons seulement de l'*acquisition* du privilége ; ce qui touche à sa *conservation* tient à un ordre d'idées tout à fait différent, ce dont la doctrine ne s'est pas toujours suffisamment préoccupée. Nous traiterons de ce dernier objet sous l'art. 2110. Arrêtons-nous, quant à présent, au premier, et voyons à quels ouvriers et à quel genre de travaux s'applique le privilége, la chose qu'il affecte, et les conditions auxquelles il peut être acquis.

210. La loi nous dit que les créanciers privilégiés sur les immeubles sont « les architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux ou autres ouvrages quelconques... » Quelque générales qu'elles soient, ces expressions sont doublement restrictives.

D'une part, il y est question d'*édifier*, de *reconstruire* et de *réparer*, et par là on voit que la pensée du législateur s'est arrêtée, non pas à tous les travaux qui peuvent être faits sur un immeuble, mais seulement à ceux qui de près ou de loin tiennent à la construction, à la reconstruction, à la réparation des édifices et bâtiments. Il est certain cependant que la faveur du privilége devrait s'attacher aux grands travaux d'agriculture, aux défrichements de terrains, aux semis et plantations, tous travaux qui ne sont pas moins que les ouvrages de construction dignes de la protection de la loi. Et il faut dire que cette protection leur serait assurée, si la loi avait été rédigée dans les termes mêmes où elle paraît avoir été adoptée. Car les procès-verbaux de la discussion nous disent que, sur un amendement de M. Cretet, demandant qu'on étendît

(1) *Voy.* l. 1, ff. *In quib. caus. pign. tacit.* ; l. 1, C. *De cess. bon.* ; l. 26, ff. *De reb. auct.* — *Voy.* encore Vinnius (*Quæst. select.*, lib. 2, cap. 4), Pothier (*Pand.*, t. I, p. 563, n° 2 ; t. III, p. 186, n° 33).

(2) *Voy.* Brodeau sur Louet (lett. H, somm. 21, n° 3), Basnage (*Des hyp.*, ch. 14, p. 63).

(3) *Voy.* les rapports de MM. Persil (p. 89) et de Vatimesnil (p. 19) sur les projets de réforme préparés en 1849.

le n° 4 de notre article « à toute espèce de construction et particulièrement à celle des canaux » (ce qui, alors, ne se trouvait pas dans le projet), M. Treilhard répondit qu'il acceptait l'amendement, et proposa d'ajouter : « les canaux, les digues, les *desséchements*, et autres ouvrages. » Et le procès-verbal constate que l'article est adopté avec cet amendement (1). Mais enfin ce mot, *desséchement*, qui aurait pu étendre de beaucoup la portée de notre texte, ne s'est pas retrouvé dans la rédaction définitive; voilà pourquoi nous regardons comme impuissants les efforts tentés par M. Mourlon, dans son *Examen critique et pratique* (2), pour combattre l'opinion de ceux qui prennent ce texte dans sa signification restreinte par les termes, opinion que, d'ailleurs, par une contradiction assez étrange, il adopte lui-même dans ses *Répétitions écrites* (3). Le mot n'est pas dans l'article; il n'y faut donc pas mettre la chose : et ce qui prouve que la chose n'y a pas été comprise en effet, c'est que des lois spéciales dont nous avons déjà parlé à l'occasion de l'art. 2098 (*voy.* n° 58), ont paru nécessaires pour conférer privilége aux entrepreneurs de desséchements de marais et de recherches de mines. — Mais dans l'ordre d'idées où il dispose, notre article comporte une certaine généralité. Ainsi, il s'appliquera aux travaux faits sur des digues ou sur des chaussées, comme aux ouvrages d'art dont la forme et la destination des édifices ou bâtiments peut les rendre susceptibles; et par rapport à ces derniers ouvrages, l'article s'appliquera, comme le dit la Cour de Paris dans un de ses arrêts (4), et comme le texte même l'indique, non-seulement aux constructions nouvelles, mais encore aux reconstructions et réparations.

D'une autre part, la loi parle des ouvrages que le propriétaire déclarera avoir l'intention de faire; et par là elle indique que les architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers qu'elle a en vue, sont ceux qui ont traité directement avec le propriétaire, et nullement ceux que les architectes, entrepreneurs, etc., eux-mêmes, peuvent avoir employés pour l'exécution des travaux (5). Ces ouvriers, ainsi employés en sous-œuvre, doivent être assimilés, sous le rapport qui nous occupe, aux fournisseurs ou livranciers qui ont agi pour le compte d'un sous-traitant, et auxquels la jurisprudence, comme nous l'avons vu plus haut (n° 57), refuse toute participation au privilége établi en faveur des sous-traitants par le décret du 12 décembre 1806. Ainsi, les ouvriers employés en sous-œuvre, qui agiraient contre le propriétaire, soit du chef de l'entrepreneur, en vertu de l'art. 1166, soit de leur propre chef, en vertu de l'action directe à eux accordée par l'article 1798, ne pourraient exciper d'un droit privilégié : dans le premier cas, le privilége est impossible, puisque, agissant au nom de leur

(1) *Voy.* Fenet (t. XV, p. 356), Locré (t. XVI, p. 246).
(2) *Voy. Examen crit. et prat. du comment.* de M. Troplong (n° 175).
(3) *Répétitions écrites* (t. III, p. 432).
(4) *Voy.* Paris, 17 août 1838.
(5) *Voy.* MM. Persil (art. 2103, § 4, n° 3), Rolland de Villargues (v° Privilége, n° 213). — *Voy.* cependant M. Mourlon (n° 176).

débiteur, ils ne peuvent exclure les autres créanciers de celui-ci sur les valeurs que leur action réalise, ces valeurs étant le gage commun de tous les créanciers; dans le second cas, le privilége est sans objet, puisque l'action directe qu'ils exercent leur attribue, exclusivement à tous autres créanciers de l'entrepreneur, les sommes qu'elle produit. (*Voy.*, à cet égard, le Commentaire de l'art. 1798, n° 2, par Marcadé.)

211. Il nous reste à noter, sur ce premier point, que la créance privilégiée dans les termes de notre article est celle résultant de ce qu'on peut appeler la vente de la matière ou de l'industrie sans laquelle la chose n'existerait pas. C'est indiqué par la loi elle-même, dont les termes supposent une convention intervenue entre un ouvrier, ayant vendu son travail, et un propriétaire, à l'immeuble duquel ce travail vendu est venu s'adjoindre comme valeur nouvelle. Tout concours de circonstances dans lequel cette combinaison ne se produirait pas ne saurait donner naissance au privilége. A ce point de vue, nous ne pouvons approuver la doctrine de ceux qui, ajoutant à la loi, accordent un privilége au tiers détenteur ou à tout autre, pour les réparations qu'il a pu faire pendant qu'il était en possession (1). Nous convenons qu'il y a ici lacune dans la loi, et que le tiers détenteur, qui a cru agir pour lui-même lorsqu'il a fait ces réparations, aurait dû être traité au moins avec la même faveur que l'architecte, l'entrepreneur, etc. C'est dans cette pensée, et pour remplir cette lacune, que la Cour et la Faculté de droit de Grenoble demandaient, dans leurs observations sur la réforme projetée en 1840, qu'un privilége fût ajouté à ceux qu'énumère notre article, en faveur de tout tiers détenteur ou de tout autre qui, ayant possédé l'immeuble, vient ensuite à en être évincé après y avoir fait des réparations (2). Mais enfin la disposition n'est pas dans la loi telle qu'elle est rédigée aujourd'hui; c'est même parce qu'elle n'y est pas qu'on proposait, en 1840, de l'introduire à titre d'innovation législative. Il faut donc admettre que le tiers détenteur, qui aurait payé la dépense faite pour réparations par lui ordonnées, n'aurait pas une action privilégiée pour se faire rembourser, et que son droit, à cet égard, se renfermerait, s'il y avait lieu, dans les termes de l'art. 2175 du Code Napoléon. La Cour de cassation, qui d'abord avait incliné vers la doctrine contraire, comme on a pu le voir par l'arrêt du 11 novembre 1824 cité en note, paraît être revenue sur ce point, et, par deux arrêts successifs, elle a reconnu que la disposition de notre article ne s'applique pas au tiers détenteur, non architecte ou entrepreneur, qui a fait les améliorations (3).

Il y a mieux : les réparations faites par le tiers détenteur eussent-elles été nécessaires et de celles qui par leur nature assurent la conservation de la chose, la solution n'en serait pas modifiée. Les dépenses de conservation, par rapport aux immeubles, ne sont pas privilégiées,

(1) *Voy.* MM. Persil (*loc. cit.*, n° 8), Dalloz (*loc. cit.*, n° 34), Mourlon (n° 178). — *Voy.* encore Req., 11 nov. 1824; Amiens, 23 fév. 1821.

(2) Voy. *Documents* publiés en 1844 (t. III, p. 78 et 85).

(3) *Voy.* Req., 28 nov. 1838 et 8 juill. 1840.

comme elles le sont par rapport aux meubles; nous l'avons dit déjà. (*Voy*. n° 139.) Donc, que ces dépenses soient simplement utiles ou qu'elles soient nécessaires, il importe peu : le privilége ne saurait s'y attacher. Sous l'ancienne jurisprudence, il paraît qu'il en a été autrement Pothier nous dit, en effet, dans son *Traité de la procédure civile:* « Observez une différence entre celui qui a conservé l'héritage, de telle manière qu'il serait totalement péri sans le travail qu'il y a fait : tel est celui qui aurait fait faire une digue, sans laquelle la rivière aurait emporté tout l'héritage, qui en était voisin; et celui qui a seulement rendu l'héritage meilleur, soit en y construisant des bâtiments, soit en réparant ceux qui y étaient.— Le premier a un privilége sur le total de l'héritage, ayant conservé le total aux créanciers, ayant fait *ut res esset in bonis debitoris;* mais l'autre ne doit avoir de privilége que sur la plus-value de l'héritage, car il n'a pas fait *ut res esset in bonis debitoris*, mais seulement *ut res esset melior;* c'est pourquoi il faut faire une ventilation du prix de l'adjudication, lui donner privilége seulement sur ce qu'on estimera que l'héritage aura été plus vendu qu'il ne l'aurait été sans la dépense qu'il y a faite de ses deniers, et distribuer le surplus, sans avoir égard à son privilége (1). » Cela était à la fois équitable et logique sans doute. Mais nous n'avons rien de semblable dans notre législation actuelle, Nous n'avons, par rapport aux dépenses de construction, reconstruction et réparation d'immeubles, d'autre privilége que celui qui est établi par le n° 4 de notre article, lequel, comme nous venons de le dire, appartient limitativement aux architectes, entrepreneurs, etc., et ne peut être invoqué par le tiers détenteur. Or, cette disposition écartée, il n'y en a aucune autre sur laquelle le tiers détenteur puisse asseoir un privilége à raison de la dépense plus ou moins nécessaire qu'il a pu faire pour la conservation de l'immeuble dont il a été momentanément en possession. C'en est assez pour que le privilége doive être rejeté, puisqu'il ne saurait y avoir de privilége sans une disposition législative qui l'établisse (2).

Ceci dit sur les ouvriers et le genre de travaux auxquels s'applique notre article, voyons dans quelle mesure et sur quels biens la créance est garantie.

212. Il faut se pénétrer ici de ce qui fait l'objet de la convention entre l'architecte ou l'entrepreneur avec le propriétaire de l'immeuble sur lequel les travaux d'édification, de reconstruction ou de réparation vont être exécutés. Dans la réalité des choses, l'architecte, l'entrepreneur, le maçon ou autres ouvriers, vendent la matière ou l'industrie; ils transmettent leur création, qui va s'incorporer à l'immeuble et en va augmenter la valeur : c'est donc cette valeur nouvelle qui fait l'objet du contrat; et la loi nous dit, en conséquence, que le privilége de l'architecte, de l'entrepreneur, du maçon et autres ouvriers, « se réduit à la plus-value existant à l'époque de l'aliénation de l'immeuble et résultant

(1) *Voy*. Pothier (*Tr. de la procéd. civ.*, n° 648, 2°).

(2) *Voy*. Grenier (t. II, n° 410), et MM. Duranton (t. XIX, nos 190 et 193), Troplong (n° 243).

des travaux qui y ont été faits. » Ainsi, on détermine la valeur de l'immeuble au moment où les constructions vont être faites (1), voilà l'un des termes de comparaison; on fixe ensuite la valeur de l'immeuble au moment de l'aliénation, ce qui donne l'autre terme de comparaison; et la différence en plus qui peut se produire dans cette seconde estimation constitue, en thèse générale, la plus-value résultant des travaux : c'est sur cette plus-value que porte le privilége. — Ici, néanmoins, quelques points sont à préciser.

213. La loi assigne au privilége la plus-value résultant des travaux. Or il peut se faire : d'une part, qu'un immeuble dont la valeur s'est accrue par des constructions, acquière une plus-value nouvelle par une autre cause, par exemple, l'établissement d'une place, le percement d'une rue; et, d'une autre part, que, tandis que l'immeuble s'est accru d'un côté par le travail et l'industrie des ouvriers, il s'est amoindri, d'un autre, par l'effet d'un sinistre qui l'a détruit en partie. Qu'adviendra-t-il dans ces cas? La double plus-value que nous supposons dans la première hypothèse sera-t-elle grevée du privilége des ouvriers? Le privilége sera-t-il perdu dans la seconde, où nous supposons que l'accroissement résultant des travaux et la diminution produite par le sinistre se balancent? Sur l'un et l'autre point, la solution doit être négative en principe. — Reprenons, en effet.

Voici un immeuble sur lequel je fais faire des constructions qui me coûtent 35,000 fr.; avant les travaux, il valait 100,000 fr.; après les travaux, il en vaut 120,000 : ainsi, la plus-value affectée à l'architecte et aux ouvriers que j'ai employés serait de 20,000 fr. si l'aliénation avait lieu à ce moment. Mais voici que, les travaux une fois exécutés, estimés et reçus, une place est établie sur laquelle ma maison se trouve en façade, quand, avant l'établissement de la place, ma maison était dans une rue étroite et mal aérée. En cet état, je vends l'immeuble et en retire une somme de 150,000 fr. Voilà donc une seconde plus-value de 30,000 fr. qui se produit indépendamment de la première. Il n'importe : la première seule sera grevée du privilége des ouvriers; seule elle est le résultat des travaux par eux exécutés; et la loi nous dit, non pas seulement que le privilége embrasse la plus-value existante à l'époque de l'aliénation, mais qu'il se réduit à la plus-value existante à cette époque et *résultant des travaux*. Il est vrai que si la maison n'avait pas été réparée, elle aurait obtenu, par l'établissement de la place, une plus-value moindre, 15,000 fr. peut-être, et je l'aurais vendue 115,000 fr.; en sorte que la plus-value de 30,000 fr. produite par l'établissement de la place pouvant être reportée pour moitié aux travaux des ouvriers, on serait tenté de dire que les ouvriers doivent profiter de cette plus-value jusqu'à concurrence de moitié, ce qui, ajoutant 15,000 fr. aux 20,000, montant de la plus-value procurée par leur création, donnerait les 35,000 fr. dont ils sont créanciers. Mais les termes de la loi ne se pré-

(1) *Voy.* Bordeaux, 2 mai 1826; Req., 28 nov. 1838. — *Voy.* aussi M. Troplong nº 244).

tent pas à ce décompte; ils expriment que le privilége se réduit à la plus-value *résultant des travaux*. Il est donc clair que les améliorations résultant d'une autre cause profitent, sans aucune subdivision possible, au propriétaire seul ou aux créanciers qui auraient des droits sur l'immeuble, et par conséquent que les ouvriers ne peuvent à aucun titre y étendre leur privilége. C'est l'avis de tous les auteurs (1).

Passons à la deuxième hypothèse. La maison dont je suis propriétaire valait 100,000 fr., et j'y ai fait ajouter des constructions qui en ont porté la valeur à 120,000. Mais, par un cas fortuit survenu plus tard, ma maison a été amoindrie ou dépréciée; et quand je l'ai vendue, le prix que j'en ai retiré ne s'est pas élevé au delà de 100,000 fr., valeur de la maison avant les réparations. Il n'importe; le cas fortuit est un accident à la charge du propriétaire, et dont l'effet ne saurait être de détruire complétement le privilége. Il le détruirait sans doute si ma maison entière eût péri, car alors la plus-value aurait disparu avec ma maison elle-même, et le privilége n'aurait pas devant lui la seule valeur qu'il puisse atteindre et affecter. Mais la maison subsiste en très-grande partie; la plus-value résultant des constructions y est représentée par une valeur quelconque, car il est évident que, après le désastre, j'aurais retiré de ma maison un prix moindre si elle n'eût pas été récemment augmentée. Le prix, dans ce cas, eût été de 80,000 fr., de 90,000 fr. peut-être; or il s'est élevé à 100,000 fr.; il y a donc encore une plus-value de 20,000 fr. ou de 10,000 fr. qui demeure affectée au privilége des ouvriers.

En résumé donc, il peut arriver qu'il y ait plus-value sans qu'il y ait lieu à privilége ou sans que le privilége s'étende à toute la plus-value; comme aussi, et à l'inverse, il peut arriver que l'immeuble soit vendu après l'exécution des travaux pour un prix égal ou même inférieur à celui qu'il valait avant, et que cependant il y ait lieu à privilége. L'une et l'autre situation se vérifient dans les deux hypothèses qui précèdent.

214. Une autre situation peut se présenter encore : c'est la plus fréquente; on pourrait dire même qu'elle se produit à peu près chaque fois que des ouvrages de construction sont entrepris : nous voulons parler du cas où la dépense est plus forte que la plus-value résultant des travaux. Le texte même de la loi ne permet pas le doute sur l'étendue du privilége dans ce cas : et en effet, il est reconnu que le montant du privilége ne pouvant excéder les valeurs constatées par le second procès-verbal (dont nous parlerons tout à l'heure), et se réduisant à la plus-value résultant des travaux, la conséquence est que si la créance des ouvriers est supérieure à la plus-value, ils ne sont priviléglés que jusqu'à concurrence de cette plus-value, et ne peuvent réclamer le surplus que comme créanciers hypothécaires, ou même

(1) Il faut excepter cependant M. Mourlon; voy. *Examen crit. et prat.* (nº 179): seulement, nous ferons remarquer que, sur ce point, comme sur celui que nous avons signalé au nº 210, M. Mourlon se contredit et combat une doctrine qu'il a lui-même admise dans ses *Répétitions écrites* (t. III, p. 433).

comme simples chirographaires, suivant qu'ils ont ou n'ont pas un titre emportant hypothèque. Ceci n'est pas une difficulté.

Mais en voici une qui peut naître de cette situation. Ma maison valait 100,000 fr. au moment où j'y ai fait, en réparations ou en constructions, une dépense qui s'est élevée à 40,000 fr. Plus tard, les travaux ayant été reçus conformément à la loi, ma maison a été mise en vente, et a été adjugée moyennant une somme de 120,000 fr. Ainsi, voilà d'un côté une dépense de 40,000 fr., et d'un autre une plus-value de 20,000 fr. seulement. Si les choses étaient entières, les ouvriers qui ont fait les travaux seraient, comme créanciers privilégiés, colloqués pour une somme de 20,000 fr., montant de la plus-value, et, pour le surplus de leur créance, ils seraient simplement chirographaires. Mais au cours des travaux j'ai payé aux ouvriers, comme cela se pratique habituellement, des à-compte successifs dont le total s'élève à 10,000 fr. Il reste dû, dès lors, une somme de 30,000 fr. Cette somme, dans ce cas, sera-t-elle admise, au moins jusqu'à concurrence de 20,000 fr., montant de la plus-value, au rang des créances privilégiées? Les auteurs, en général, ne le pensent pas; mais leurs systèmes diffèrent, de même que le résultat auquel ils arrivent. D'une part, M. Persil estime que la question est résolue par la loi 97, ff. *De solutionibus*. « Il est vrai, ajoute-t-il, que cette loi suppose deux dettes, dont l'une serait hypothécaire ou privilégiée, et que, dans notre hypothèse, il n'existe qu'une seule obligation envers l'architecte. En convenant de cela, nous dirons cependant que, à l'égard des créanciers, il y a véritablement deux dettes, l'une privilégiée, et l'autre chirographaire; que, d'après les principes sur l'imputation des payements, l'imputation doit se faire sur la dette que l'on a le plus d'intérêt d'éteindre, et, par conséquent, sur la dette privilégiée, puisqu'elle grève la personne et les biens du débiteur et qu'elle diminue son crédit hypothécaire (1). » Ainsi, d'après M. Persil, les ouvriers, dans notre espèce, verraient imputer sur la portion privilégiée de leur créance les 10,000 fr. d'à-compte reçus, et ils ne seraient colloqués par privilége que pour une somme de 10,000 fr., puisque la plus-value, qui seule est leur gage, n'est que de 20,000. — D'une autre part, M. Grenier, dont la doctrine est plus généralement suivie, ne pense pas qu'il puisse être question ici du cas où diverses dettes existent contre le débiteur. « Il n'y a, dit-il, qu'une seule obligation envers les architectes et les ouvriers; et ce n'est que par des circonstances ultérieures qu'il peut arriver que cette obligation ne soit pas payée en totalité, par préférence, sur le prix de l'immeuble affecté. Au moment d'un à-compte donné par le débiteur et reçu par le créancier, ils doivent être présumés, l'un n'avoir payé, et l'autre n'avoir reçu que partie d'une créance qui était privilégiée, sans avoir seulement songé qu'elle pourrait ne pas l'être par la suite. Il s'ensuit, à mon avis, que la loi 97, ff. *De solut.*, n'est point applicable à l'espèce, et qu'il faut s'en tenir aux règles générales sur l'imputation des payements. On doit

(1) *Voy.* M. Persil (art. 2103, § 4, n° 10).

suivre la seconde disposition de l'art. 1256 du Code, suivant laquelle, si les dettes sont d'égale nature, et toutes choses égales, l'imputation doit se faire proportionnellement. » Tel est aussi l'avis de MM. Dalloz et Duranton (1). Ainsi, d'après ce système, les 10,000 fr. d'à-compte, dans notre espèce, devant s'imputer proportionnellement sur la créance privilégiée, qui est de 20,000 fr., et sur la créance chirographaire, qui est d'une somme égale, c'est-à-dire pour 5,000 fr. sur chacune des deux, il s'ensuivra que les ouvriers ne pourront être admis par privilége que pour une somme de 15,000 fr.

Nous rejetterions, quant à nous, l'un et l'autre système. Du propriétaire aux ouvriers qu'il emploie, il n'y a évidemment qu'une seule dette. en ceci nous sommes parfaitement d'accord avec MM. Duranton, Dalloz et Grenier; mais précisément parce qu'il n'y a qu'une seule dette, il ne saurait être question d'imputation. Si les ouvriers avaient reçu du propriétaire l'entier payement de leur créance, la circonstance que ce propriétaire serait tombé plus tard dans une sorte de déconfiture ne ferait certainement pas qu'ils pussent être recherchés par les autres créanciers se distribuant entre eux le prix de l'immeuble, sous prétexte que, étant payés de la totalité de leur créance, ils auraient reçu des sommes supérieures au montant de la plus-value. Pourquoi donc pourraient-ils être recherchés davantage à l'occasion d'à-compte par eux reçus? Ces à-compte ont diminué leur créance d'autant; en quoi le débiteur qui les a payés a atteint le but qu'il se proposait en les payant, celui de se libérer jusqu'à concurrence. Désormais les ouvriers ne sont plus créanciers que du surplus; le créance est réduite quant au chiffre, mais elle subsiste, pour ce qui en reste, avec toutes les garanties et toutes les prérogatives dont la loi l'a entourée : en un mot, sous ce rapport, c'est comme si la créance, à l'origine, n'eût pas dépassé la somme restant due après les à-compte payés. Nous n'admettons donc ni l'imputation *exclusive* proposée par M. Persil, ni l'imputation *proportionnelle* mise en avant par MM. Dalloz, Duranton et Grenier; et nous disions que les ouvriers restés créanciers, dans notre espèce, d'une somme de 30,000 fr., devront être admis par privilége jusqu'à concurrence des 20,000 fr. qui forment le montant de la plus-value.

215. Le privilége de l'architecte, de l'entrepreneur et des ouvriers s'exerçant exclusivement sur la plus-value, l'intérêt même des créanciers, non moins que la crainte des fraudes, devait faire subordonner l'acquisition du privilége à l'accomplissement de formalités protectrices. Et, en effet, cette plus-value que le travail des ouvriers donnera à l'immeuble va s'incorporer avec lui. Or des hypothèques peuvent grever cet immeuble; et comme, en principe, l'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué (art. 2133), il s'ensuit que les ouvriers, privilégiés sur la plus-value seulement, verraient leur gage passer à d'autres créanciers si des mesures n'étaient prises pour individualiser en quelque sorte cette plus-value,

(1) *Voy.* Grenier (t. II, n° 412), MM. Dalloz (*loc. cit.*, n° 35), Duranton (t. XIX, n° 191).

pour l'isoler et la montrer distinctement de l'immeuble tel qu'il était avant la confection des travaux. Dans cette vue, notre article subordonne l'acquisition du privilége à cette double condition : 1° que, par un expert nommé d'office par le tribunal de première instance dans le ressort duquel les bâtiments sont situés, il ait été dressé préalablement un procès-verbal à l'effet de constater l'état des lieux relativement aux ouvrages que le propriétaire déclarera avoir dessein de faire; et 2° que les ouvrages aient été, dans les six mois au plus de leur perfection, reçus par un expert également nommé d'office. Ainsi, un expert nommé, non point par les parties elles-mêmes, *mais d'office par le tribunal*, un expert qui, ainsi, est l'homme de la loi, à ce point que les constatations, se rattachant à la mission dont il est investi, font foi jusqu'à inscription de faux (1), déposera, dans un procès-verbal dressé *préalablement* à tous travaux, les éléments sur lesquels pourra être fixée la valeur qu'avait l'immeuble au moment où les ouvrages ont été entrepris; puis, six mois au plus après la perfection des travaux, un autre expert, ou le même, car rien ne fait obstacle à ce que le même soit choisi (2), procédera, sur une nouvelle nomination émanant encore du tribunal, à la réception des travaux, et dressera un second procès-verbal dans lequel se trouveront les éléments propres à déterminer la valeur actuelle de l'immeuble. Telles sont les formalités imposées par la loi.

216. Ces formalités sont substantielles; le privilége ne saurait exister si l'on manquait de les accomplir. Nombre de décisions ont consacré la règle d'une manière générale, non-seulement dans le cas où il s'agissait de réparations, mais encore dans le cas où il s'agissait d'édifices nouveaux, de constructions à élever sur un terrain vague et nu (3). La règle a été méconnue cependant, par la Cour de Bastia, dans une espèce particulière : la Cour, se rattachant à l'usage généralement suivi dans la ville de Bastia, « où, dit-elle par son arrêt, une quantité considérable de maisons s'élève depuis bien des années, et où les constructions se font de bonne foi, d'après les conventions entre l'ouvrier et le propriétaire, sans que l'on procède à des constatations préalables de l'état des lieux et à des procès-verbaux de réception des travaux, » avait cru pouvoir admettre le privilége en dehors de ces constatations. Mais, on le comprend, l'usage, quelle qu'en soit la généralité, ne saurait prévaloir contre la disposition impérative de la loi : aussi l'arrêt de la Cour de Bastia a-t-il été cassé; sur le pourvoi dont elle a été saisie, la Cour de cassation, sanctionnant une doctrine si nettement indiquée par la loi que le doute même n'y paraît pas possible, a déclaré qu'en l'absence des procès-verbaux exigés par notre article, le privilége d'architecte ou d'entrepreneur ne peut avoir aucune existence légale (4).

---

(1) Paris, 2 déc. 1835.

(2) *Voy*. Delvincourt (t. III, p. 286, notes), et MM. Persil (art. 2103, § 4, n° 2), Dalloz (*loc. cit.*, n° 32).

(3) *Voy*. Bordeaux, 26 mars 1834; Paris, 6 mars 1834 et 26 mars 1836; Rouen, 12 juin 1841; Paris, 25 nov. 1843 (Dall., 44, 2, 30; *J. P.*, 1843, t. II, p. 703).

(4) *Voy*. Cass., 11 juill. 1855 (Dev., 55, 1, 609).

217. Ce n'est pas tout même que les formalités soient remplies; il faut, en outre, qu'elles le soient dans les conditions déterminées par la loi. Elle parle d'une première constatation *préalable* à tous travaux, et puis d'un second procès-verbal de réception des travaux dans les six mois de leur perfection. Si donc l'architecte ou l'entrepreneur laisse s'écouler plus de six mois après qu'il a achevé ses travaux sans les faire recevoir; si, quand il a commencé de les exécuter, il a négligé de faire procéder à la constatation de l'état des lieux, il n'acquiert pas son privilége : les ouvrages eussent-ils procuré une plus-value évidente, manifeste par elle-même, la créance de l'architecte ou de l'entrepreneur n'en est pas moins simplement chirographaire; l'hypothèque pourra peut-être s'y attacher, soit en vertu de la convention, s'il y a lieu, soit en vertu d'un jugement, si le créancier fait condamner son débiteur; mais le privilége ne s'y attachera pas désormais, car le créancier n'a point rempli, ou, ce qui revient au même, n'a rempli qu'imparfaitement les formalités qui auraient pu le lui faire acquérir. Telle est la règle.

218. Et néanmoins, quelque absolue qu'elle paraisse, certains tempéraments y peuvent être introduits, pourvu que la pensée de la loi soit satisfaite, pourvu que son but soit atteint. Or quels ont été le but et la pensée de la loi? « Lorsque l'art. 2103, dit à cet égard M. Persil avec une justesse parfaite, exige que, avant les constructions, il soit fait un procès-verbal de l'état des lieux, lorsque ensuite il fait dépendre le privilége de l'architecte d'un second procès-verbal constatant la réception des ouvrages, lorsque enfin il réduit ce privilége à la plus-value occasionnée par les constructions, il faut sans doute lui prêter un motif, et, certes, on ne peut le trouver que dans l'intention de rendre indépendant de tous autres droits le privilége des architectes, par la certitude que les autres créanciers trouveront aussi le gage qu'ils auraient eu si les constructions n'eussent pas été faites (1). » D'après cela, il faudrait dire que quelque retard dans la rédaction du procès-verbal constatant l'état primitif des lieux, et le fait que ce procès-verbal aurait été dressé quand les travaux seraient déjà commencés, ne feraient pas obstacle à l'acquisition du privilége si, d'ailleurs, les travaux exécutés n'avaient pas apporté à l'état des lieux de tels changements qu'il fût désormais impossible de fixer d'une manière certaine la valeur primitive de l'immeuble. La Cour de Bordeaux a considéré même comme valable et suffisant, à l'effet de faire acquérir à un entrepreneur son privilége sur la plus-value de l'immeuble, le procès-verbal dressé d'*après les renseignements des parties* et l'état des lieux, seulement après que les travaux avaient été commencés (2). C'était aller trop loin. Les renseignements des parties sont des éléments dont on ne saurait tenir compte ici; il faut s'en défier au contraire, en raison de l'intérêt que les parties peuvent avoir à exagérer les choses pour étendre le privilége : la loi elle-même nous enseigne cette défiance en ne donnant pas aux parties la faculté même de

---

(1) *Voy.* M. Persil (*Quest. sur les Priv. et Hyp.*, t. I, p. 142).

(2) *Voy.* Bordeaux, 2 mai 1826. — Conf. MM. Persil (*Régim. hyp.*, art. 2103, § 4, n° 1), Dalloz (*loc. cit.*, n° 31), Troplong (n° 245, à la note).

nommer l'expert qui constatera l'état des lieux. (*Voy.* n° 215.) Mais l'arrêt suppose en même temps que, dans l'espèce, les travaux exécutés laissaient toute possibilité de reconnaître l'ancien état des lieux ; c'est par là seulement qu'il échappe à la critique. Nous croyons, en effet, qu'en toutes circonstances où le procès-verbal, quoique tardif comme fait au cours des travaux, donnera le moyen de fixer précisément la valeur qu'aurait eue l'immeuble s'il n'eût pas été l'objet de constructions nouvelles ou de réparations, le but de la loi sera atteint et sa volonté obéie dans des conditions suffisantes pour que le constructeur acquière son privilége. La Cour de cassation a déclaré cependant, à deux reprises différentes, que le procès-verbal ne fait acquérir le privilége qu'autant qu'il est dressé *préalablement* à tous travaux (1) ; mais au fond ces deux arrêts ne contredisent pas notre doctrine; ils la confirment virtuellement, au contraire, en ce qu'ils constatent, dans leurs motifs, que les travaux de construction ou de démolition antérieurs au procès-verbal empêchaient, dans l'espèce, qu'on pût reconnaître la valeur de l'immeuble avant tous travaux.

210. Ces mêmes arrêts de la Cour de cassation décident en outre que, dans ce cas, non-seulement le constructeur n'a aucun privilége sur les travaux antérieurs au procès-verbal, mais encore qu'il n'acquiert pas non plus de privilége sur la plus-value résultant des travaux effectués postérieurement au procès-verbal. Sous ce rapport, la solution est on ne peut plus contestable. Que la plus-value résultant des travaux antérieurs reste incorporée à l'immeuble et aille augmenter le gage des créanciers inscrits sur cet immeuble, il le faut bien, puisque, par son fait, l'architecte ou le constructeur s'est mis dans l'impossibilité de montrer cette plus-value distinctement de l'immeuble auquel il l'a procurée. Mais pour les travaux que le constructeur va exécuter après avoir fait dresser le procès-verbal, c'est tout autre chose. Ici le constructeur est dans les conditions mêmes de la loi pour l'acquisition du privilége ; car, par rapport à ces travaux, le procès-verbal est réellement *préalable*. Pourquoi donc le privilége serait-il refusé? L'esprit de la loi condamne certainement une interprétation aussi rigoureuse du texte; la justice et l'équité ne permettent pas non plus de s'y arrêter. Il est rare, il faut le dire, que cette formalité d'un procès-verbal préalable à tous travaux soit remplie. Est-ce à l'entrepreneur que cette négligence pourrait être justement reprochée? Non assurément. L'entrepreneur qui exigerait l'accomplissement préalable de cette formalité serait mal venu du propriétaire dont, par là, il paraîtrait mettre en doute la solvabilité et le crédit. Il n'exige rien, de crainte qu'en voulant trop se protéger lui-même, il ne mécontente le propriétaire et ne manque l'affaire que celui-ci voulait lui confier. Il se met donc à l'œuvre. Puis, quand, au cours de ses travaux, il voit faiblir le crédit du propriétaire; quand, à cause de cela, il veut prendre, au moins pour ce qui lui reste à faire,

(1) Rej., 20 nov. 1839, et Req., 1er mars 1853 (Dall., 53, 1, 216; Dev., 39, 1, 933, et 53, 1, 363).

des sûretés qu'il ne peut plus avoir pour ce qu'il a déjà fait, on lui opposerait une déchéance! Evidemment, telle n'a pu être la pensée de la loi. Tout concourt donc à indiquer que lorsque le procès-verbal, qui aurait dû précéder les travaux, est fait seulement quand les travaux sont en cours d'exécution, il y a lieu de distinguer entre ceux qui ont précédé et ceux qui ont suivi, et que si la plus-value résultant des premiers doit être laissée à l'immeuble et aux créanciers qui y peuvent avoir acquis des droits, la plus-value résultant des seconds en doit être détachée pour rester grevée du privilége spécial de l'architecte, de l'entrepreneur et des ouvriers. C'est la jurisprudence de la Cour de Paris (1); elle est de beaucoup préférable à celle de la Cour de cassation.

220. Notons, en terminant sur le droit des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers, que le privilége consacré par la loi en leur faveur est de la nature de la convention qui se forme entre eux et le propriétaire qui les emploie. Il importerait donc peu que le marché conclu à l'origine entre le créancier et le débiteur ne fît aucune mention du privilége. Ici, comme toujours, le privilége est inhérent à la créance; il a sa cause dans la qualité, dans la faveur de cette créance; la loi le consacre indépendamment de toute stipulation. Ainsi, même dans le silence de la convention ou du marché, le privilége serait acquis à l'ouvrier, et cela même contre le gré du propriétaire, par l'accomplissement des formalités auxquelles l'acquisition en est subordonnée.

Mais, nous l'avons dit, et plusieurs fois déjà, ces formalités sont rarement accomplies, et par cela même le privilége a rarement l'occasion de se produire. Tout ce qui précède en fait voir la raison. Le nombre même des formes auxquelles l'acquisition en est subordonnée et ce qu'il faut payer pour les observer, l'incertitute qui existe sur son étendue, l'insuffisance de garantie que présente trop souvent la plus-value; tout cela fait que le privilége consacré par notre article est ce à quoi l'on songe le moins pour assurer les droits du constructeur qui entreprend des ouvrages au compte d'un propriétaire qui ensuite ne le payerait pas. Ce n'est pas à dire que ces droits légitimes soient abandonnés: seulement, on y pourvoit, dans l'usage, par d'autres moyens. Voici quelques-uns de ceux que nous avons vu pratiquer.

De deux choses l'une : ou le propriétaire qui commande les travaux a de l'argent à lui, ou il n'en a pas.

Si le propriétaire a de l'argent, il le dépose, à titre de gage, entre les mains d'un tiers chargé de verser les fonds à l'entrepreneur au fur et à mesure que les travaux avancent : par exemple, un quart après l'achèvement de la maçonnerie des caves et du rez-de-chaussée; un autre quart lorsque la maçonnerie et les planchers du premier ou du second étage sont finis; le troisième quart après la pose de la toiture; le dernier quart après la clôture définitive des travaux.

Si le propriétaire n'a pas d'argent, divers moyens se présentent:

Ou bien tout se passe entre l'entrepreneur et le propriétaire, et alors

---

(1) *Voy.* Paris, 6 mars 1834 et 17 août 1838.

on convient d'un marché constaté par un acte enregistré au droit de 2 fr. pour 100, et dont l'exécution est assurée par une hypothèque que le propriétaire confère,

Ou bien, si l'entrepreneur n'a pas de ressources, et s'il a besoin de fonds plus que d'une créance, l'affaire se conclut avec l'aide d'un tiers, soit par la voie de l'ouverture de crédit, soit par la voie de l'emprunt.

Ainsi, le propriétaire se fera ouvrir, par un banquier ou par tout autre, un crédit égal à la valeur présumée des travaux, avec une hypothèque sur l'immeuble, laquelle hypothèque prendra rang de l'ouverture du crédit; puis, par un acte particulier, qui est ordinairement le marché, et dans lequel on délègue à l'entrepreneur le montant du crédit, on stipule que les fonds provenant de ce crédit seront remis à l'entrepreneur délégataire au fur et à mesure des travaux, dans les termes que nous avons indiqués tout à l'heure;

Ou bien, à défaut d'ouverture de crédit, le propriétaire empruntera la somme dont il a besoin, en affectant hypothécairement son immeuble au prêteur; puis il déposera les fonds empruntés aux mains d'un tiers, à titre de gage.

De ces deux derniers moyens, le premier serait le moins coûteux assurément, grâce à ces fraudes qu'à très-grand tort on se croit toujours permises vis-à-vis de l'enregistrement, puisque l'acte d'ouverture de crédit est enregistré au droit fixe et que le marché peut être fait sous seing privé et n'être enregistré qu'au cas de contestation. Cependant la pratique n'a recours à ce moyen que fort timidement, parce qu'elle n'est pas encore suffisamment édifiée sur ce qui touche à la validité ou au rang de l'hypothèque stipulée dans un acte d'ouverture de crédit. Ajoutons qu'on y peut ramener une autre difficulté dont nous aurons à nous occuper en traitant de l'hypothèque légale : c'est celle de savoir si la délégation faite, dans le marché, à l'entrepreneur, constitue le contrat de gage soumis, pour sa validité, aux formes des art. 2074 et 2075, c'est-à-dire la rédaction d'un acte et son enregistrement et la remise du titre de crédit, ou, au contraire, si elle constitue quelque chose de particulier et de distinct du contrat de gage. — Ce n'est pas le cas de s'occuper maintenant de ces difficultés; nous n'avons voulu, quant à présent, qu'indiquer les voies et moyens par lesquels on a remplacé, dans l'usage, un privilége que des formes trop minutieuses entourent et auquel trop d'incertitudes ne permettent pas de se fier.

V. — 221. *Des prêteurs de deniers.* — Nous rencontrons ici, non pas, comme nous l'avons dit déjà (*voy.* n° 184), un quatrième privilége spécial sur les immeubles, mais un privilége qui se confond avec ceux dont nous venons de parler, par l'effet de la subrogation sur laquelle il est fondé. C'est une sorte de sous-ordre dans lequel reviennent les priviléges déjà connus, avec cette différence qu'au lieu d'être exercés par le créancier primitif, ils le sont par son ayant-cause. Notre article consacre à cet objet deux dispositions distinctes (les n°s 2 et 5) : l'une en faveur de ceux qui ont fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble, et qui par là acquièrent le privilége du vendeur; l'autre en fa-

veur de ceux qui ont prêté les deniers pour payer ou rembourser les ouvriers, et qui par là acquièrent le même privilége que les ouvriers. Cependant les conditions de cette subrogation, qui fait ainsi passer l'ayant-cause à la place du créancier primitif, sont exactement les mêmes dans l'un et l'autre cas. A ce point de vue, les rédacteurs de l'art. 2103 eussent été plus méthodiques si, après l'énumération des trois priviléges principaux dont nous venons de présenter l'explication, ils avaient dit, d'une manière générale (comme la Cour de Grenoble proposait de le dire dans ses observations sur les projets de réforme de 1840) (1) : « Ceux qui ont prêté les deniers pour payer ou rembourser les créanciers privilégiés ci-dessus désignés exerceront le même privilége que ces créanciers, pourvu qu'il soit authentiquement constaté par l'acte d'emprunt que la somme était destinée à cet emploi, et, par la quittance, que le payement de la créance privilégiée a été fait des deniers empruntés. » Il y aurait eu même à ceci non-seulement l'avantage d'une meilleure méthode, mais encore celui d'une vérité juridique plus complète; car, dans ces termes et par cette disposition générale, la loi eût consacré autant de priviléges subsidiaires ou en sous-ordre qu'il y a de priviléges principaux, tandis que notre article, ne parlant de la subrogation que par rapport au privilége du vendeur et à celui des ouvriers, semble faire une exception relativement au privilége du copartageant, exception que rien n'explique, et qui, même dans le silence de notre article, ne pourrait pas être opposée avec succès au prêteur qu'un copartageant aurait subrogé.

222. On pouvait faire mieux encore : c'eût été de supprimer des dispositions qui, se bornant à reproduire les principes de la subrogation conventionnelle consacrés par le n° 2 de l'art. 1250 du Code Napoléon, sont par cela même surabondantes dans notre art. 2103. En effet, quand le principe était posé d'une manière générale au titre *Des Obligations*, il n'y avait aucune nécessité de le reproduire pour des cas particuliers. Ainsi en ont pensé les rédacteurs de la loi belge du 16 décembre 1851, qui a réformé le régime hypothécaire en Belgique (2); et l'on voit à l'art. 27, où sont énumérés les divers priviléges spéciaux sur les immeubles, que celui des prêteurs de deniers a été, non point aboli assurément, mais effacé de la loi hypothécaire comme surabondamment énoncé. On peut regretter que l'art. 2103 ne se soit pas tenu, à cet égard, dans la même réserve. La méthode y eût gagné, ce qui est bien quelque chose déjà; mais, en outre, l'interprétation eût été dégagée de l'une des difficultés qui l'ont embarrassée. Ainsi, l'on s'est préoccupé souvent, dans la pratique, du point de savoir si de ce que notre article se réfère au n° 2 de l'art. 1250, dont il répète en quelque sorte la disposition, il s'ensuit qu'il ait entendu exclure, comme moyen de conférer le privilége, la subrogation conventionnelle définie et réglée par le n° 1 du même article; en d'autres termes, si le prêteur qui paye

(1) *Voy.* les *Documents* publiés en 1844 (t. III, p. 77).
(2) *Voy.* le *Comment. législat.* de M. Delebecque (p. 137).

directement le vendeur, en se faisant subroger par *quittance authentique*, n'acquiert pas le privilége aussi bien que celui qui prête par acte authentique et fait déclarer l'origine des deniers dans la quittance. En droit, nous ne voyons pas où peut être la raison de douter dans ceci : il n'y a pas, en effet, de motif sérieux sur lequel on puisse refuser la subrogation et le privilége dans une forme plutôt que dans l'autre Mais la question n'en préoccupait pas moins les esprits, à ce point qu'elle avait été portée devant l'Assemblée nationale, dans la discussion récente dont la réforme hypothécaire a été l'objet, et que l'Assemblée avait cru devoir la trancher en supprimant le n° 2 de notre article et en renvoyant, d'une manière générale, à l'art. 1250 pour la forme de la subrogation (1).

Quoi qu'il en soit, voyons à qui appartient ce privilége en sous-ordre dont notre article a cru devoir parler ici, en quoi il consiste, et quelles en sont les conditions constitutives.

223. C'est au prêteur de deniers que la loi accorde la faveur du privilége. Elle le dit relativement à celui qui a fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble; elle le dit également à l'égard de celui qui a prêté les deniers pour payer ou rembourser les ouvriers. Elle n'exprime rien de semblable en faveur de celui qui aurait fait à un cohéritier ou copartageant l'avance ou le prêt des fonds nécessaires pour l'acquit d'une créance dont celui-ci serait chargé par le partage. Mais nous savons déjà (*voy*. n° 221) que c'est là une omission dont il ne faut pas tenir compte, et que, à la faveur du droit commun, le privilége du copartageant est transmissible par voie de subrogation tout aussi bien que celui du vendeur ou celui des ouvriers.

C'est le *prêt de deniers* qui est la cause du privilége; en ce sens, nous regardons comme bien rendu un arrêt de la Cour de Rennes, duquel il résulte que le bénéfice de notre article peut être invoqué par celui qui, en présence d'un jugement ordonnant la dépossession d'un acquéreur faute de payement, a empêché l'exécution du jugement en prêtant ou en fournissant les deniers nécessaires pour payer l'acquisition et libérer l'acquéreur sur le point d'être dépossédé (2).

Mais la cause du privilége se produit-elle également, par exemple, dans le cas d'une acquisition faite par le mari, avec déclaration que les deniers proviennent de l'aliénation d'un propre de sa femme? Celle-ci devra-t-elle être considérée comme prêteur de deniers dans ce cas? La raison de douter est que l'acquisition a été réellement faite des deniers de la femme, et que celle-ci n'acceptant pas le remploi, l'immeuble tombe dans la communauté qui est débitrice envers la femme de la somme provenant du propre aliéné. Mais la raison de décider est qu'en réalité la femme n'a point *prêté* à son mari les deniers par lui employés à l'acquisition de l'immeuble. Elle pourra, sans doute, ne pas accepter le remploi, et l'immeuble alors tombera dans la communauté. Mais la

(1) *Voy*. l'art. 2103 tel qu'il avait été préparé pour la troisième délibération.
(2) *Voy*. Rennes, 23 mai 1827 (*Journal du Palais*, à sa date).

loi a prévu cette éventualité, et en donnant à la femme le droit de demander, à la dissolution de la communauté, le remboursement du prix de son immeuble aliéné, elle a voulu que ce remboursement fût garanti seulement par l'hypothèque légale. (Art. 2135.) La femme ne saurait donc avoir droit à une autre sûreté. Peut-être la loi n'a-t-elle pas fait assez en ce cas : c'était du moins la pensée de la Faculté de droit de Grenoble, qui, dans ses observations sur les projets de réforme hypothécaire, proposait « d'accorder à la femme ou au mineur le privilége du prêteur de deniers toutes les fois que les maris ou tuteurs acquièrent un immeuble, et le payent en faisant emploi des deniers de la femme ou du mineur, qu'ils ont dans les mains, et dont l'origine est légalement justifiée par acte public, attendu que, disait la Faculté, ce n'est pas assez alors de l'hypothèque légale, qui ne peut remonter qu'au jour du mariage ou de la tutelle, et que la femme ou le mineur doivent, par le moyen du privilége, primer même les créanciers antérieurs (1). » Mais la loi n'est pas aussi favorable; et puisqu'elle a cru devoir s'en tenir à l'hypothèque légale, le privilége doit être écarté (2).

224. Le prêteur de deniers étant un simple subrogé aux droits de celui auquel il prête, il s'ensuit que le privilége dont il s'agit ici ne diffère pas, quant à son objet ni quant aux choses qu'il affecte, des trois priviléges spéciaux dont nous venons de parler : c'est, comme nous l'avons dit, le même privilége, avec cette seule différence qu'au lieu d'être exercé par le créancier primitif, il est exercé par son ayant-cause. Ainsi, celui qui aurait fourni des deniers pour l'acquisition d'un immeuble sera substitué au vendeur, et privilégié, comme l'aurait été le vendeur (si le prix ne lui avait pas été payé avec les deniers d'emprunt), sur l'immeuble vendu; celui qui aura prêté des fonds pour le payement d'une soulte de partage sera, comme substitué au créancier de la soulte, privilégié sur les immeubles compris dans le lot du copartageant par lequel la soulte était due; celui qui aura prêté des fonds pour payer ou rembourser des ouvriers jouira, comme mis à la place des ouvriers, du privilége qu'auraient eu ceux-ci sur la plus-value résultant des travaux.

Mais, il faut le remarquer, la garantie du privilége qui, par l'effet de la subrogation, se trouve transporté du créancier primitif au prêteur de deniers, n'a lieu que dans les limites de la créance résultant du prêt fait par celui-ci. Par exemple, je vous ai vendu, moyennant 100,000 fr., un immeuble que vous m'avez payé jusqu'à concurrence de 50,000 fr., au moyen de fonds par vous empruntés de Pierre. Je reste avec mon privilége de vendeur pour les 50,000 fr. que vous me devez encore, et Paul n'est subrogé à mon privilége que pour les autres 50,000 fr. qu'il vous a prêtés. Et non-seulement je reste privilégié pour la moitié du prix qui m'est encore dû, mais encore j'ai, vis-à-vis du prêteur qui m'est subrogé pour l'autre moitié, le bénéfice résultant de l'art. 1252, aux termes duquel la subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a

(1) *Voy.* les *Documents* publiés en 1844 (t. III, p. 85).

(2) Conf. MM. Persil (*Quest.*, liv. 1, ch. 5, § 4), Dalloz (*loc. cit.*, n° 23), Duranton (t. XIX, n° 176).

été payé qu'en partie, auquel cas celui-ci peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un payement partiel. Ainsi, vous êtes exproprié de cet immeuble que je vous ai vendu 100,000 fr., et l'adjudication en est faite moyennant 80,000 fr. seulement. Je viendrai avec mon privilége sur ce prix pour les 50,000 fr. qui me restent dus, et Pierre, votre bailleur de fonds, quoique subrogé à mon privilége pour les 50,000 fr. qu'il vous a prêtés, n'aura droit qu'aux 30,000 fr. restant sur le prix de l'adjudication. Sans doute, il eût été plus juste de lui donner, pour la partie dans laquelle il est subrogé, les droits mêmes que la loi me réserve pour le reste, de manière à ce que nous prissions chacun notre part afférente dans le prix de l'adjudication; par là, j'aurais eu encore un avantage, puisque, ayant reçu 50,000 fr. comptant lors de la vente et en recevant 40,000 sur le prix de l'adjudication, j'aurais touché, en définitive, 10,000 fr. de plus que si la subrogation n'eût pas eu lieu (1). Mais enfin la loi dispose autrement; il faut bien se soumettre.

225. Ce n'est pas tout : le prêteur de deniers, dont le droit s'efface devant celui du vendeur auquel il est subrogé, pourra encore, suivant l'occurrence, s'effacer en outre devant celui des créanciers du vendeur. Par exemple, mon immeuble, que je vous ai vendu 100,000 fr., était grevé de trois hypothèques en faveur de Pierre, de Paul et de Joseph, auxquels a été délégué le prix de 100,000 fr. stipulé entre nous. Jacques vous a prêté, en se faisant subroger, une somme de 50,000 fr., employée par vous à désintéresser Pierre et Paul, mes créanciers hypothécaires, premiers inscrits. Puis l'immeuble est saisi et vendu sur vous, acquéreur. Dans cette situation, le droit de Jacques, prêteur de deniers, devra s'effacer d'abord devant celui de Joseph, mon troisième créancier, qui, m'étant préférable, sera colloqué le premier; puis il devra s'effacer encore devant celui que j'ai moi-même, en vertu de l'art. 1252 du Code Napoléon, comme vendeur resté créancier d'une portion du prix de la vente que je vous ai consentie. Ceci n'est pas mis en question.

Mais il y a quelque difficulté sur le point de savoir si la solution serait la même dans le cas où le prêteur de deniers aurait été subrogé, non point au vendeur, mais aux créanciers du vendeur, payés avec les fonds qu'il aurait prêtés. La question s'est présentée sous l'ancienne jurisprudence, et y a été résolue affirmativement dans les circonstances suivantes, rapportées par Renusson (2). Le sieur Barillon avait vendu ses terres de Bellair et de Soupploire au sieur de Vignole pour 37,000 livres, payables à ses créanciers, qu'il avait dénommés et délégués par le contrat, et, outre cette somme, à la charge de payer une rente foncière de 2,000 livres; l'acquéreur serait entré en payement et aurait payé aux plus anciens des créanciers qui lui avaient été dénommés par le contrat, jusqu'à concurrence de 58,000 livres qu'il avait empruntées, avec déclaration et subrogation, au profit des personnes qui lui avaient prêté

(1) *Voy.*, à cet égard, les observations critiques de Marcadé sur l'art. 1252 (t. IV, n° 713).

(2) Renusson, *De la Subrogation* (ch. 15, n°s 10 et 11).

leurs deniers. Il était encore dû par le sieur de Vignole, du prix de son acquisition, 27,000 livres, outre la rente foncière de 2,000 livres, dont lesdites terres de Bellair et de Soupploire demeuraient chargées. Depuis, les terres furent saisies réellement à la requête des créanciers du sieur de Vignole, la vente et adjudication par décret en fut poursuivie devant le sénéchal d'Anjou au siége d'Angers; le sieur Barillon s'opposa, pour les 27,000 livres restantes, à payer à ses créanciers qu'il avait délégués, ensemble pour la rente foncière de 2,000 livres qu'il s'était réservée, dont il était dû plusieurs années d'arrérages; il fit sa demande contre les créanciers de l'acquéreur, qu'ils fussent tenus de faire vendre les deux terres à si haut prix, que les créanciers qu'il avait délégués par le contrat de vente fussent entièrement payés, et outre à la charge de la rente foncière de 2,000 livres, sinon qu'il rentrerait en la propriété et jouissance des deux terres. — Le lieutenant général d'Angers le débouta de sa demande, se fondant sur ce que les créanciers du sieur de Vignole, acquéreur, avaient été subrogés aux droits et actions des créanciers du sieur Barillon, qui avaient été acquittés de leurs deniers, et qu'ils devaient avoir même hypothèque et même privilége. — Par l'arrêt rendu en la grand'chambre, le 7 septembre 1671, la sentence fut infirmée. « Par cet arrêt, ajoute Renusson, on a jugé que ceux qui avaient prêté leurs deniers à l'acquéreur pour payer les plus anciens créanciers du vendeur, et qui avaient été subrogés à un ancien créancier du vendeur, ne devaient être payés qu'après que le prix de la chose vendue aurait été entièrement payé aux créanciers du vendeur, par la raison que la subrogation consentie par les anciens créanciers du vendeur qui avaient reçu leur payement, ne devait pas nuire ni préjudicier au vendeur et à ses autres créanciers, et qu'ils devaient être entièrement payés du prix de la chose vendue préférablement à ceux qui avaient prêté leurs deniers à l'acquéreur. Cet arrêt est très-juste, et la justice en est palpable et évidente. » Cette doctrine, quoique repoussée par M. Troplong (1), nous semble devoir être suivie encore aujourd'hui par les motifs mêmes qu'invoque Renusson (2). Ajoutons que les fonds, dans l'espèce, sont fournis pour payer, non point tels ou tels créanciers inscrits sur l'immeuble, mais le vendeur lui-même dans la personne des créanciers auxquels il a délégué le prix. C'est donc au vendeur, dans la vérité des choses, que le prêteur de deniers doit être subrogé.

226. Un cas particulier qu'il faut rappeler, en terminant sur ce second point que présente à examiner le privilége dont nous nous occupons ici, est réglé par le Code de procédure : nous voulons parler du cas où le prêteur de deniers aurait prêté pour payer l'acquisition d'immeubles saisis. En principe, la partie saisie ne peut, à compter du jour de la transcription de la saisie, aliéner les immeubles saisis, à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer. (Code de procédure, art. 686.) Néanmoins, si une aliénation venait à être faite contraire-

(1) *Voy.* M. Troplong (t. I, n° 234).
(2) *Voy.*, en ce sens, Grenier (t. II, n° 394), Mourlon (n° 168).

ment à cette prohibition, la loi permet que l'acte reçoive son exécution, pourvu que, avant le jour fixé pour l'adjudication, l'acquéreur consigne somme suffisante pour acquitter, en principal, intérêts et frais, ce qui est dû aux créanciers inscrits, ainsi qu'au saisissant, et que l'acte de consignation leur soit signifié. (Art. 687.) Supposons maintenant que les deniers ainsi déposés aient été empruntés par l'acquéreur, l'art. 688 du Code de procédure dispose que les prêteurs n'auront d'hypothèque que *postérieurement aux créanciers inscrits lors de l'aliénation*. On a dit quelquefois que ceci constitue une exception ou une modification au principe sur lequel est fondé le privilége du prêteur de deniers (1). C'en est plutôt la confirmation ou la déduction logique. Puisque c'est par l'effet de la subrogation que le prêteur de deniers acquiert le privilége attribué par la loi au créancier primitif, la subrogation ne doit évidemment lui transmettre les droits de ce créancier que dans la mesure où il aurait pu les exercer lui-même. Or la partie saisie qui vend dans les circonstances indiquées par l'art. 686 du Code de procédure ne peut transmettre la chose à l'acquéreur, ou du moins celui-ci n'en peut rester propriétaire, d'après l'art. 687, qu'à la charge de payer les créances inscrites ou d'en consigner le montant, et la partie saisie n'aurait droit au prix qu'autant qu'il en resterait quelque chose après le payement de ces créances. Donc, celui qui consent à prêter des fonds à l'acquéreur doit souffrir que cet acquéreur remplisse ses obligations, et ne peut avoir plus de droits que la partie saisie, à laquelle il est subrogé.

227. Reste maintenant à parler des conditions auxquelles est subordonnée l'acquisition du privilége. La loi explique à cet égard que le privilége est acquis pourvu qu'il soit authentiquement constaté, par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée, soit à l'acquisition d'un immeuble, soit à payer ou rembourser les ouvriers, et, par la quittance du vendeur, que le payement a été fait des deniers empruntés. Rien de plus n'est exigé, et ce serait ajouter à la loi de vouloir en outre que la subrogation fût indiquée, par une mention expresse, dans les actes d'emprunt et de quittance. L'emprunt, la destination, la suite de l'emploi à cette destination, dit justement M. Tarrible, indiquent pleinement que l'intention du prêteur et de l'emprunteur est que le premier demeure subrogé aux droits du créancier; et la subrogation doit s'opérer sans le secours de cette expression technique, par l'accomplissement seul des énonciations voulues par la loi (2).

228. Il n'est pas nécessaire non plus que l'emprunt et l'emploi soient constatés par un seul et même acte. La loi veut être assurée seulement que les deniers prêtés ont été destinés à un emploi déterminé, l'acquisition d'un immeuble ou le remboursement des ouvriers, et que les deniers ont bien reçu cet emploi. Or la certitude, à cet égard, peut résulter des deux actes successifs d'emprunt et de quittance, aussi bien que d'un

(1) *Voy*. Grenier (t. II, n° 396).

(2) Tarrible (*Rép. de Merlin*, v° Privilége, sect. 4, § 2). — Conf. MM. Dalloz (*loc. cit.*, n° 20), Zachariæ (t. II, p. 118, note 9), Mourlon (*Des Subrog. pers.*, p. 260).

seul acte constatant à la fois l'emprunt, la destination et l'emploi (1).

On a soutenu même que, quel que soit l'espace de temps qui sépare les deux actes, la condition de la loi est remplie, et le privilége doit être admis, pourvu que les actes constatent que les fonds ont été fournis par le prêteur, soit pour l'acquisition d'un immeuble, soit pour payer ou rembourser les ouvriers, et que le payement a été fait des deniers empruntés (2). Et, en principe, il faut le dire, la prétention est exacte; car la loi n'a pas subordonné l'acquisition du privilége à une question de temps; elle n'a pas dit que le prêteur serait déchu si le payement fait avec les deniers par lui fournis n'était pas effectué dans tel ou tel délai; elle n'en a fixé aucun. Comment donc pourrait-on contester au prêteur de deniers son privilége sur le seul prétexte qu'un temps plus ou moins long se serait écoulé entre le payement et l'emprunt? Et puis quel serait, dans le silence de la loi, le terme auquel on devrait s'arrêter? Il est clair qu'on tomberait dans les incertitudes et dans l'arbitraire de l'ancienne jurisprudence, où, les textes étant muets également, on voyait se produire les opinions les plus nombreuses et les plus divergentes, ceux-ci exigeant que l'emploi fût fait, sinon par le même acte, au moins dans le même jour que l'emprunt, ceux-là accordant jusqu'au lendemain, les uns octroyant un délai de trois jours, les autres allant jusqu'à huitaine. Mais il y a ceci pourtant qu'il faut remarquer : c'est que la loi donne aux tribunaux, par la force même des choses, un droit d'appréciation dans l'exercice duquel cette circonstance de temps pourra être un élément considérable et quelquefois décisif. Evidemment, si l'emprunt et l'emploi des fonds ont eu lieu à des intervalles par trop éloignés, les magistrats se montreront d'autant plus faciles sur les autres circonstances susceptibles de faire supposer que les fonds n'ont pas reçu l'emploi auquel ils étaient destinés; car, en lui-même, le fait que l'emploi suit l'emprunt de fort loin contient déjà un indice grave que le débiteur s'est libéré avec d'autres fonds que ceux qu'il a reçus du prêteur auquel il prétend faire acquérir le privilége du créancier. Ainsi, bien que la loi ne fixe pas un délai nécessaire et ne fasse résulter aucune déchéance de ce que l'emploi n'a pas été fait au plus tard à un jour donné, il ne faudrait pas croire que cet élément de temps soit sans influence sur la solution de la question relative à l'acquisition du privilége; les juges y verront, au contraire, l'un des moyens qui doivent concourir à former leur conviction dans un point où la loi a dû s'en remettre à leur prudence. C'est au prêteur de deniers, que ceci intéresse, à veiller à sa sûreté, en exigeant, si le payement n'est pas fait par le même acte que l'emprunt (ce qui serait le plus sûr pour lui), qu'il le soit au moins à un moment assez rapproché pour que les créanciers de l'emprunteur ne puissent pas se prévaloir contre lui de l'intervalle qui sépare les deux actes et y trouver, sinon la preuve, au moins une présomption grave que les deniers par lui prêtés n'ont pas reçu l'emploi auquel ils étaient destinés.

---

(1) *Voy.* cependant Req., 26 avril 1827.

(2) *Voy.* Merlin (*Rép.*, v° Subrog. de pers., sect. 2, § 8, n° 2).

229. C'est la destination des deniers fournis par le prêteur qui seule rend celui-ci digne de la préférence qu'il réclame comme subrogé aux droits des créanciers. Il faut donc que cette destination soit établie sans équivoque possible. C'est pourquoi notre article exige « qu'il soit authentiquement constaté, par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée à l'acquisition d'un immeuble ou au payement des ouvriers, et, par la quittance du vendeur ou des ouvriers, que le payement a été fait des deniers empruntés. » Cela, dit notre article, doit être *authentiquement* constaté, c'est-à-dire que la quittance, à laquelle s'applique aussi le mot *authentiquement*, doit être en la forme notariée aussi bien que l'acte d'emprunt; et c'est d'ailleurs ce qu'exprime l'art. 1250, n° 2, dont l'art. 2103 n'est qu'une application, lorsqu'il dit qu'il faut, pour que la subrogation soit valable, « que l'*acte d'emprunt et la quittance* soient passés devant notaire. » C'est d'ailleurs par ce moyen seulement que seront prévenues les fraudes que l'acte sous seing privé rendrait si faciles. Par exemple, vous avez acheté un immeuble que vous avez payé; le privilége du vendeur ne prend donc pas naissance, et l'immeuble, libre de cette affectation et de toutes autres, est entre vos mains le gage commun de tous vos créanciers. Mais par tel ou tel motif vous voulez en favoriser un au détriment des autres : quoi de plus facile, s'il vous est permis de faire une subrogation par actes sous seing privé? Vous supposerez, dans un acte fait en cette forme, et que vous daterez en conséquence, que les fonds avec lesquels vous avez payé l'immeuble par vous acquis vous ont été prêtés, en vue de l'acquisition, par ce créancier que vous voulez favoriser; puis, vous entendant avec votre vendeur, vous obtiendrez de lui une quittance qui déclarera l'origine supposée des deniers et constatera que ces deniers ont reçu l'emploi prétendu auquel ils avaient été destinés. Ainsi les créanciers, qui tous avaient un droit égal sur l'immeuble acquis par leur débiteur, se verront primés par l'un d'eux, qui, à la faveur d'une subrogation frauduleuse, viendra leur opposer un privilége prétendu de vendeur, quand ce vendeur avait reçu son prix en échange ou en retour de l'immeuble, et, par conséquent, n'avait été jamais créancier privilégié! C'est cette fraude, et mille autres auxquelles les actes sous seing privé peuvent donner carrière, que la loi prévient en exigeant la forme de l'acte authentique. Et en effet, quand, pour exercer le privilége du vendeur auquel il est subrogé, celui qui a fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble vient à un ordre, nul ne peut douter de la vérité de la subrogation, ni par conséquent de la réalité d'une cause juste et légitime de préférence, s'il se présente avec un acte authentique ou notarié constatant qu'il a réellement prêté les deniers pour l'acquisition de l'immeuble, et avec un autre acte, également authentique ou notarié, établissant que les fonds ont été exactement employés à payer le prix de l'acquisition.

230. Du reste, l'authenticité n'est requise que pour l'acte d'emprunt et pour la quittance; d'où la conséquence que l'acte d'où procède le droit du créancier auquel le prêteur est subrogé pourrait être fait lui-même sous seing privé, sans que l'efficacité de la subrogation

en fût compromise. Tel n'est pas l'avis de M. Persil : il suppose que des fonds ont été prêtés pour l'acquisition d'un immeuble, et il dit que si *la vente n'était pas faite par acte authentique*, le prêteur ne passerait pas dans les droits du vendeur et n'acquerrait pas le privilége. Mais cette appréciation inexacte est, chez M. Persil, le résultat d'une autre appréciation inexacte elle-même, du moins en ce qu'elle a de trop absolu. M. Persil pense que la déclaration d'emploi de fonds prêtés pour l'acquisition d'un immeuble doit être faite dans l'acte même de vente. « Celle, dit-il, qui serait faite postérieurement, ou même avant la vente, ne donnerait aucun droit au prêteur, parce qu'à l'époque où elle aurait été faite, le vendeur ne pouvait pas céder des droits qu'il n'avait pas encore, ou qu'il n'avait déjà plus (1). » On comprend d'après cela que M. Persil exige l'authenticité du contrat de vente, puisque, pour lui, la vente et la quittance ou déclaration d'emploi doivent être comprises au même acte. Or cette proposition pèche par trop de généralité. Que la doctrine de M. Persil doive être suivie lorsque l'acte de vente constate que le prix a été payé au vendeur, nous le croyons; car le vendeur étant désintéressé dans ce cas, et le privilége n'ayant pas pris naissance, toute déclaration ultérieure par laquelle il serait prétendu que les deniers fournis par le prêteur ont été employés à payer le vendeur serait tardive et suspecte; et accepter une telle déclaration comme suffisante pour opérer la subrogation avec ses effets juridiques, ce serait ouvrir la voie à ces fraudes dont nous parlions tout à l'heure. Mais si l'acte qui constate la vente n'établit pas que le prix en a été payé, si cet acte constitue le vendeur créancier de son prix, et par conséquent ne laisse aucun doute sur la naissance du privilége, en quoi donc et sur l'autorité de quel texte pourrait-on critiquer la quittance qui viendrait plus tard constater, en la forme authentique, que l'acquéreur a payé avec les fonds qu'il avait empruntés en vue de son acquisition et pour se libérer? Comment et sur l'autorité de quel texte refuserait-on de voir dans cette quittance l'acte complémentaire des conditions à l'accomplissement desquelles la loi subordonne l'acquisition du privilége? Tout ce qu'on peut dire, c'est que cette circonstance agira plus ou moins sur l'esprit du juge auquel est laissé le soin d'apprécier; mais assurément, en elle-même et en elle seule, elle ne saurait rendre la subrogation inefficace. Or, ceci établi, il reste vrai de dire que l'acte d'où procède le droit du créancier auquel le prêteur veut être subrogé, fût-il fait sous seing privé, le privilége de ce créancier n'en passerait pas moins au prêteur de deniers, si, d'ailleurs, l'acte d'emprunt et la quittance, seuls actes pour lesquels l'authenticité est requise, étaient faits en la forme authentique et contenaient les déclarations exigées par la loi.

Ici se terminent nos observations sur les divers priviléges énumérés dans notre article, au point de vue des personnes auxquelles ils appartiennent, des créances qu'ils garantissent et des conditions auxquelles

(1) *Voy.* M. Persil (art. 2103, § 2, n°s 3 et 4).

ils peuvent être acquis. Nous n'avons plus, pour terminer le commentaire de cet article, qu'à indiquer l'ordre de préférence suivant lequel ces divers priviléges doivent être classés.

VI.—231. *Classement des priviléges sur les immeubles.*—De même que les priviléges sur les meubles, les priviléges sur les immeubles sont généraux ou spéciaux. Les priviléges généraux sur les immeubles sont ceux qu'énonce l'art. 2101 du Code Napoléon (*voy.* n° 68), auxquels il faut ajouter le privilége que la loi du 5 septembre 1807 attribue au Trésor public subsidiairement sur les immeubles du condamné pour assurer le recouvrement des frais de justice en matière criminelle, correctionnelle et de police (voy. *suprà*, n°s 43 et 44); les priviléges spéciaux sur les immeubles sont ceux qu'énumère notre art. 2103, auxquels il faut ajouter les priviléges attribués au Trésor public et au Trésor de la couronne, par une autre loi du 5 septembre 1807 et par l'avis du conseil d'Etat du 25 février 1808, sur les immeubles acquis à titre onéreux par les comptables, postérieurement à leur nomination, ou par leurs femmes, même séparées de biens. (Voy. *suprà*, n°s 38 et 42.)

232. Comment ces divers priviléges doivent-ils être classés entre eux? C'est encore à la faveur de la créance qu'il faut s'attacher par application de l'art. 2096, dont le principe ne doit pas moins dominer dans le classement des priviléges sur les immeubles que dans celui des priviléges sur les meubles. Mais le classement n'a pas rencontré, et il s'en faut de beaucoup, les difficultés si graves qu'il soulève à l'occasion des priviléges sur les meubles. (Voy. *suprà*, n°s 175 et suiv.) Aucune difficulté même n'aurait dû s'y produire, car nous avons toujours ici, soit un ordre fixé par la loi elle-même, soit une impossibilité de conflit ou de concours.

Et, en effet, il faut tout d'abord mettre à l'écart tous les priviléges généraux, tant ceux établis par le Code Napoléon que ceux qui résultent des lois particulières; car le législateur les a classés lui-même, soit avant, soit après les priviléges énumérés dans notre article. Ainsi, d'une part, les priviléges généraux de l'art. 2101 priment les priviléges spéciaux énumérés par notre article, aux termes de l'art. 2105, dont nous présenterons le commentaire tout à l'heure; et, d'une autre part, le privilége général attribué au Trésor public sur les immeubles des condamnés pour le recouvrement des frais de justice est primé, au contraire, d'après une disposition formelle de la loi qui l'établit, par les créances que notre article déclare privilégiées. (Voy. *suprà*, n°s 43 et 47.) Il faut retrancher ensuite, et par le même motif, le privilége spécial du Trésor public et celui du Trésor de la couronne sur certains immeubles des comptables; les textes d'où résultent ces priviléges expriment qu'en aucun cas ils ne peuvent préjudicier aux créanciers désignés dans l'art. 2103. (Voy. *suprà*, n° 42.) Or, si l'on écarte ces divers priviléges dont la loi elle-même a marqué le rang, la question de classement ne se présente plus que pour ceux dont nous avons traité dans le commentaire du présent article.

La question même n'en est pas une; car ici la chose que le privilége affecte est tellement spéciale, qu'à vrai dire et à proprement parler, il ne peut y avoir conflit ou concours entre ces divers priviléges. Voyez, en effet. Ces priviléges, indiqués au nombre de cinq, mais qui se réduisent à trois par suite de la subrogation, qui fait, comme nous l'avons expliqué (*voy.* nos 184, 221 et suiv.), que le second se confond avec le premier et le cinquième avec le quatrième, ces priviléges sont : 1° celui du vendeur, 2° celui des cohéritiers et copartageants, 3° celui des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers. Or, de ces trois priviléges, les deux premiers ne peuvent pas se trouver en conflit; ils sont identiques par leur nature, l'un et l'autre ayant pour base et pour objet des aliénations qui ne peuvent pas être simultanées. Et si, par l'événement des mutations, un même immeuble se trouve affecté à la fois d'un privilége de vendeur et d'un privilége de copartageant, le rang entre eux sera fixé, comme s'il s'agissait de ventes successives, par la date des titres respectifs (*infrà*, n° 234); en sorte que le privilége du vendeur aura le pas si c'est par suite d'une vente que l'immeuble se trouve dans l'indivision à laquelle le partage a mis fin, et, à l'inverse, que ce privilége viendra en second ordre seulement, dans le cas où la vente ayant lieu après un partage, aurait pour objet les immeubles d'un lot grevé au profit d'un copartageant. — Reste donc le troisième privilége, celui de l'architecte et des ouvriers, qui, lui, peut concourir avec celui du vendeur ou celui du copartageant. Il se peut, en effet, qu'un immeuble sur lequel des réparations ou des constructions sont effectuées soit grevé, entre les mains du propriétaire qui fait faire les travaux, d'un privilége de vendeur, en ce que le prix de l'immeuble ne serait pas encore payé, ou d'un privilége de cohéritier, en ce que le propriétaire serait encore débiteur de la soulte mise à la charge du lot à lui échu dans le partage qui l'a déclaré propriétaire : dans ce cas, un ordre ouvert sur le prix mettrait en présence, d'une part, les ouvriers qui ont fait les travaux, et, d'une autre part, soit le vendeur non payé, soit le cohéritier créancier de la soulte. Mais ici encore, bien que la question de priorité ait été discutée, il est vrai de dire que, d'après l'économie de la loi, il n'y a pas de conflit possible. Le privilége du vendeur ou du copartageant et celui de l'ouvrier portent bien, si l'on veut, sur le même objet, qui est l'immeuble; mais comment pourraient-ils entrer en lutte quand chacun des deux repose sur une partie distincte de cet immeuble, celui de l'ouvrier sur la plus-value procurée par son travail (voy. *suprà*, nos 212 et suiv.), et celui du vendeur ou du copartageant sur l'immeuble tel qu'il était avant la confection des travaux? Evidemment les auteurs qui, prenant pour base l'ordre des numéros de notre article, ont prétendu que le vendeur ou le copartageant doit être préféré à l'ouvrier (1), et ceux qui, dans la supposition où le prix de l'immeuble ne suffirait pas pour désintéresser ces deux créanciers privilégiés, ont pensé que la dépréciation doit être supportée par les deux dans la proportion du montant de leur créance

(1) *Voy.* Maleville (t. IV, p. 253), et Pigeau (t. II, p. 267).

respective (1); ces auteurs, disons-nous, n'ont pas pris garde à la division si tranchée qui résulte des termes de la loi, et, confondant les choses et les mots, ils ont soulevé une question de *préférence* là où, les gages étant complétement distincts, chacun est appelé par la loi à se venger sur le sien sans conflit ni préférence possibles (2). Il en est donc de ce dernier privilége comme des autres : sa spécialité même lui donne son rang.

Et maintenant, résumons par un classement général des priviléges sur les immeubles les observations qui précèdent, et nous aurons, au premier rang, les priviléges généraux énumérés en l'art. 2101 du Code Napoléon, lorsque les créanciers ne seront pas payés sur le mobilier de leur débiteur, suivant ce que nous dirons en commentant l'art. 2105 (*voy*. aussi *suprà*, n° 62); viendront ensuite les priviléges de l'art. 2103, et d'abord celui des architectes, entrepreneurs et ouvriers, sur la plus-value résultant de leur création, puis ceux du vendeur et du copartageant, suivant l'antériorité de leurs titres respectifs; viendront enfin les priviléges créés par des lois particulières, d'abord le privilége général qui affecte les immeubles d'un condamné pour le recouvrement des frais de justice, et puis le privilége spécial qui grève, au profit du Trésor public et du Trésor de la couronne, les immeubles acquis à titre onéreux par les comptables après leur nomination. Ce classement, que la loi fait elle-même en quelque sorte, soit directement en fixant un rang, soit indirectement en spécialisant le gage, n'a rien, d'ailleurs, que le principe posé dans l'art. 2096 du Code Napoléon ne puisse avouer.

233. Une autre règle encore est applicable au classement de ces priviléges : c'est celle de l'art. 2097, aux termes duquel « les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence. » En thèse générale, le principe sera suivi ici, comme pour le classement des priviléges sur les meubles. Ainsi, j'ai employé nombre d'ouvriers à réparer ma maison ou à faire sur ma propriété des constructions nouvelles; il est clair que tous ils devront être payés par concurrence sur la plus-value résultant de leurs travaux. Ainsi encore, j'ai acheté un immeuble moyennant 45,000 fr.; et n'en pouvant actuellement payer le prix, je me suis adressé à Pierre, à Paul et à Joseph, qui m'ont prêté, par le même acte, l'un 10,000 fr., l'autre 15,000, et l'autre 20,000, lesquelles sommes ont été remises à mon vendeur qui voulait traiter au comptant; il est clair (toutes les conditions nécessaires pour que la subrogation ait lieu étant remplies d'ailleurs) que les trois prêteurs, subrogés au privilége du vendeur, seront entre eux au même rang et devront être payés par concurrence.

234. Pourtant, il est un cas particulier dans lequel la loi fait exception à la règle et aussi au principe d'après lequel, en matière de priviléges, on tient compte de la qualité et non de la date de la créance; ce cas est celui de ventes successives : notre article exprime, en effet, que

(1) *Voy*. Grenier (t. II, n° 411). — *Voy*. aussi Paris, 13 mai 1815.
(2) *Voy*., en ce sens, M. Troplong (t. I, n°s 80 et 80 *bis*).

« s'il y a plusieurs ventes successives dont le prix soit dû en tout ou en partie, le premier vendeur est préféré au second, le deuxième au troisième, et ainsi de suite. » Mais l'exception ici était commandée par la nature même des choses. Quand Pierre a vendu à Jacques sans recevoir son prix, il a, par cela seul, retenu sur l'immeuble une sorte de droit réel qui, en garantissant son prix, amoindrit la chose; en sorte que si Jacques vend lui-même à Paul, sans recevoir non plus son prix, il transmet l'immeuble amoindri déjà par ce droit réel que Paul a retenu, et en l'amoindrissant encore lui-même, puisqu'il retient aussi à son tour le droit réel servant de garantie pour la créance de son propre prix. Dans cette situation, le privilége de Jacques ne peut évidemment pas concourir avec celui de Pierre : c'est ce qui résulte de notre article.

Seulement, ce que la loi dit des ventes successives seulement, il faut le dire aussi des partages successifs. La nature du privilége des copartageants étant identique, comme nous le montrons plus haut (*voy.* n° 232), à celle du privilége de vendeur, il s'ensuit que si le même immeuble avait figuré dans des partages successifs, il en devrait être des copartageants comme il en est des vendeurs : le premier serait préféré au se cond, le deuxième au troisième, et ainsi de suite.

En serait-il ainsi des prêteurs de deniers qui auraient été subrogés au créancier privilégié, non point par un même acte, comme nous le supposions au numéro précédent, mais par des actes successifs? La question est controversée; nous l'examinons dans notre commentaire de l'article qui suit. (*Voy.* n° 240.)

235. Il est à peine nécessaire de dire ici que, dans cette hypothèse de ventes successives dont nous venons de parler, nous supposons que chacun des vendeurs a conservé son privilége. Qu'adviendrait-il si l'un ou plusieurs des vendeurs avait négligé de remplir les formalités prescrites pour la conservation du privilége? Ceci se rattache à la quatrième section du présent chapitre : nous y renvoyons le lecteur.

2112. — Les cessionnaires de ces diverses créances privilégiées exercent tous les mêmes droits que les cédants, en leur lieu et place.

SOMMAIRE.

I. Pourquoi nous intervertissons l'ordre du Code et reportons dans la section relative à l'établissement des priviléges une disposition classée par le Code au nombre de celles qui statuent sur la conservation des priviléges.

II. Notre article n'est que la reproduction du principe de droit commun d'après lequel la cession d'une créance comprend les accessoires de la créance. — Application de la règle à la créance du vendeur et, spécialement, à l'action résolutoire. — Avis contraire de Marcadé.

III. Des cessions partielles : le cédant concourt-il dans ce cas, pour la portion qu'il a conservée, avec le cessionnaire? Distinction.

IV. Des subrogations successives à une même créance : y a-t-il concours entre les divers subrogés? Solution affirmative.

I. — 236. Cet article, du reste, comme l'ensemble de la loi sur les priviléges et hypothèques, est tiré du projet qui, au moment où le Code

était en discussion, fut proposé par le Tribunal de cassation. Il y était compris parmi les dispositions de la section première du chapitre premier, section relative aux priviléges sur les immeubles, et dans laquelle les règles relatives à la conservation des priviléges se trouvaient confondues avec l'énumération même des créances privilégiées (1). Au conseil d'Etat, on crut devoir séparer ces deux points, et on voit, en effet, qu'ils font, dans le Code, l'objet de deux sections distinctes, l'une sur l'établissement même des priviléges (dont nous nous occupons en ce moment), l'autre sur la conservation des priviléges (à laquelle nous arriverons tout à l'heure). Notre article se rattache tout naturellement à la première section : c'est évident, puisqu'il se borne à exprimer que les cessionnaires d'une créance privilégiée exercent les mêmes droits que les cédants, puisqu'il se résume dans cette idée que les priviléges dont la loi vient de parler peuvent, par l'effet d'une cession, passer d'une personne à une autre. C'est donc par erreur ou inadvertance que l'article a été classé, par les rédacteurs du Code, au nombre des dispositions relatives à la conservation des priviléges. Cela n'a pas échappé aux Cours et Tribunaux consultés en 1840 sur la réforme alors projetée; et quelques-uns ne maintenaient notre article à la place qu'il occupe dans le Code qu'au moyen d'une addition. Ainsi la Cour d'Amiens proposait de le terminer en disant : « pourvu que, indépendamment de la notification du transport au débiteur, ils (les cessionnaires) l'aient fait inscrire, et dans l'ordre de ces inscriptions, qui ne pourront jamais précéder la notification, ou qui, du moins, si elles sont antérieures, n'auront d'effet qu'à la date de cette notification (2). » Dans ces termes, et ainsi complété par cette obligation imposée au cessionnaire de s'inscrire pour *conserver* le droit ou le privilége du cédant, notre article se fût trouvé à sa place dans la section qui a pour objet la *conservation* des priviléges. Mais il ne dit rien de semblable; et la loi nouvelle sur la transcription (l. 23 mars 1855), bien qu'elle contienne une disposition analogue relativement aux cessions par les femmes de leur hypothèque légale (art. 9), ne le dit pas non plus en ce qui concerne les cessions de créances privilégiées (3). C'est pourquoi nous détachons l'art. 2112 de la section relative à la conservation des priviléges; et, avant d'aborder ce sujet si important et si grave (ce qui fera l'objet de la section qui va suivre), nous croyons devoir continuer, par le commentaire de cet article, nos observations sur l'établissement même des priviléges.

II.—237. Notre article nous dit donc que les cessionnaires de créances privilégiées exercent tous les mêmes droits que les cédants, en leur lieu et place. En cela, il reproduit le principe de droit commun d'après lequel la vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la

(1) *Voy.* le projet du Tribunal de cassation dans Fenet (t. II, p. 650 et suiv.).

(2) *Voy.* les *Documents* publiés en 1844 (t. III, p. 232). — *Voy.* encore, *ibid.*, les observations de la Cour de Douai.

(3) Nous examinerons pourtant, en traitant, sous l'art. 2135, des cessions et subrogations relativement à l'hypothèque légale, la question de savoir si cet art. 9 de la loi nouvelle doit ou non être étendu aux cessionnaires de créances privilégiées.

créance, tels que caution, privilége et hypothèque. (Code Napoléon, art. 1692.) Ainsi, le privilége *est lié à la créance*, et il passe avec elle dans les cessions dont la créance peut être l'objet. Il peut bien, par l'effet d'une novation, être transporté d'une créance à une autre, lorsque le créancier en fait la réserve expresse. (*Voy.* art. 1278.) Toutefois, c'est une exception : car, en principe, le privilége ne se sépare pas de la créance, il n'a pas une existence qui lui soit propre, et il ne peut être cédé distinctement et indépendamment de la créance. Mais si par l'effet d'une cession ou d'une subrogation régulière la créance elle-même passe d'une personne à une autre, le privilége passe également et est acquis de plein droit au cessionnaire ou au subrogé.

238. Considéré dans ses termes, l'art. 2112 dit même plus que cela. En confirmant le principe de droit commun, que nous rappelions tout à l'heure, il généralise, et, au lieu d'exprimer, comme l'art. 1692, dont il est la confirmation, que la *cession d'une créance comprend les accessoires de la créance*, il dit d'une manière générale que les cessionnaires d'une créance privilégiée *exercent les mêmes droits que les cédants en leur lieu et place*. Ces expressions de la loi ne sont pas sans quelque importance pour la solution d'une question fort controversée, celle de savoir quels sont les droits qu'acquiert le cessionnaire d'une créance pour prix de vente. Par exemple, je vous ai vendu ma maison de Paris pour 60,000 fr. que vous deviez me payer dans trois ans; mais j'ai besoin de fonds, et je cède à Pierre la créance que j'avais sur vous. Qu'est-ce qu'acquiert Pierre? D'abord il acquiert le privilége de vendeur comme accessoire de la créance que je lui ai cédée : l'art. 1692 le dit expressément, et cela ne peut pas faire difficulté. Mais indépendamment de ce privilége qui garantissait ma créance, j'avais encore l'action résolutoire. (Art. 1654.) Cette action a-t-elle été acquise aussi à Pierre par l'effet de la cession? Marcadé s'est prononcé pour la négative. « Non, a-t-il dit, le droit de résolution du vendeur, quoiqu'il soit aussi, en dehors de son but direct, un moyen de plus d'obtenir le payement de la créance, n'est point un accessoire de cette créance. Loin que le premier droit soit l'accessoire du second, il ne coexiste même pas avec lui, il ne lui est pas concomitant, il ne prend naissance qu'après que celui-ci a cessé d'exister : la demande en résolution implique et présuppose la renonciation au droit de demander payement, la renonciation à la créance; or un droit qui ne peut pas exister tant qu'existe un autre droit ne peut certes pas être l'accessoire de celui-ci. » (*Voy.*, sur l'art. 1692, n° 2.) Cependant, nous devons le dire, même en présence de l'art. 1692, et cet article fût-il seul pour résoudre la question, cette théorie nous paraîtrait contestable. Il est difficile, en effet, de considérer le droit de résolution qui appartient au vendeur comme un droit distinct et indépendant de la créance qu'il a pour le payement de son prix, comme un droit ayant une existence propre, et qui, par la seule force des choses, s'éteindrait comme conséquence de la cession, puisqu'il ne peut plus, la créance une fois cédée, subsister au profit du vendeur qui désormais n'est plus le créancier. Nous hésiterions à voir, dans ce droit

de résolution, autre chose qu'un moyen de plus offert au vendeur pour contraindre son acquéreur à payer le prix, un droit qui naît avec la créance et à cause de la créance; qui coexiste avec elle, bien qu'il ne soit exercé qu'à défaut par l'acquéreur de payer au terme convenu; qui est l'accessoire de cette créance, comme pourrait l'être tout autre moyen coercitif, la contrainte par corps, par exemple; et qui dès lors doit passer, même aux termes de l'art. 1692, au cessionnaire avec la créance cédée (1). Mais combien à plus forte raison devons-nous admettre cette solution en présence de notre article! Le cessionnaire des créances privilégiées, dit-il, exerce *les mêmes droits* que les cédants, *en leur lieu et place*. Or le cédant, s'il fût resté nanti de la créance, aurait eu à sa disposition l'action résolutoire indépendamment de son privilége. Comment donc contester au cessionnaire l'exercice de cette action, quand la loi nous dit que le cessionnaire est *au lieu et place* du cédant et qu'il exerce *les mêmes droits* que celui-ci?

III. — 239. Lorsque le créancier privilégié, au lieu de céder sa créance entière, n'en cède qu'une partie, la cession transporte au cessionnaire une fraction seulement de la créance et en même temps une fraction correspondante du privilége qui est l'accessoire de cette créance; l'autre fraction, tant du droit principal que de l'accessoire, reste aux mains du cédant. Ainsi, j'ai vendu à Pierre ma maison pour 100,000 fr. dont je suis créancier; et, plus tard, ayant besoin de 50,000 fr., avant l'expiration du terme fixé pour le payement entre Pierre et moi, je vous cède la moitié de ma créance. Pierre lui-même aliène ensuite, moyennant 120,000 fr., la maison que je lui avais vendue : les créanciers qui du chef de Pierre auront hypothèque sur la maison ne pourront opposer leur titre pas plus à vous qu'à moi : nous viendrons l'un et l'autre exercer notre droit privilégié sur le prix jusqu'à concurrence des 100,000 fr. qui nous sont dus; le surplus sera abandonné aux créanciers de Pierre. La position, quant à eux, sera exactement ce qu'elle aurait été si je vous eusse cédé ma créance en totalité, ce qui vous aurait transmis, comme accessoire, un privilége garantissant l'intégralité de la créance, ou encore si je fusse resté créancier de mon prix, ce qui m'eût laissé en possession de mon privilége. Ceci est de toute évidence.

Mais voici un cas où la solution n'est pas sans difficuté. Supposons que cet immeuble par moi vendu à Pierre moyennant 100,000 fr. soit saisi sur mon acquéreur et que l'adjudication produise un prix de 80,000 fr. seulement. Qui de vous, cessionnaire de la moitié de ma créance de 100,000 fr., ou de moi, resté créancier de mon prix jusqu'à concurrence de l'autre moitié, supportera cette perte de 20,000 fr. qui se produit sur la revente? Pèsera-t-elle sur moi? Pèsera-t-elle sur vous? Ou la supporterons-nous proportionnellement l'un et l'autre?

Il y a à faire ici une distinction dont nous trouvons le principe dans un arrêt de la Cour de Paris. Cette Cour a décidé que la cession, faite *avec*

(1) Conf. MM. Aubry et Rau, sur Zachariæ (t. II, p. 559, note 22), Duvergier (*De la Vente*, t. II, n° 222), Troplong (*ibid.*, t. II, n° 916). — *Voy.* encore un arrêt très-précis de la Cour de Paris du 12 fév. 1844 (Dev., 44, 2, 115).

promesse de garantir, *fournir et faire valoir*, d'une partie d'une créance privilégiée dont le cédant s'est réservé le surplus, établit au profit du cessionnaire le droit d'être payé par préférence (1). Ceci doit être admis sans difficulté. Par conséquent, si la cession n'a pas été pure et simple, si elle a été accompagnée d'une stipulation par laquelle le cédant garantissait, non-seulement l'existence de la créance, mais encore la solvabilité présente et future du débiteur, le cessionnaire aura le pas sur le cédant dans l'ordre ouvert sur le prix. Et dès lors, dans notre espèce, si nous supposons que, en vous cédant la moitié de ma créance, je vous en ai garanti le payement, il en résultera que, venant à l'ordre ouvert sur ce prix de 80,000 fr. produit par la revente, vous recevrez d'abord vos 50,000; je prendrai ensuite les 30,000 restants, en sorte que la perte de 20,000 fr. pèsera sur moi seul. Il faut aller plus loin et dire que, vinssiez-vous à l'ordre en concours, non pas avec moi votre cédant, mais avec mon successeur universel ou même particulier, le résultat serait identique. L'arrêt de Paris que nous citions tout à l'heure est rendu précisément dans ce cas de concours entre le cessionnaire auquel garantie avait été promise et un ayant-droit particulier du cédant, un cessionnaire ultérieur de la portion de créance que le cédant s'était d'abord réservée. En accordant la préférence au premier, la Cour a apprécié les choses très-exactement, en ce que la promesse de garantie faite à ce cessionnaire préféré impliquait de la part du cédant une cession d'antériorité au profit de la portion de créance cédée relativement à l'autre portion d'abord réservée, cession d'antériorité qui serait un leurre véritable si elle n'était absolue et ne pouvait être opposée aux ayants-droit du cédant comme au cédant lui-même, et s'il pouvait être admis que ce dernier, après l'avoir consentie, fût libre de la retirer par la voie de cessions ultérieures plus ou moins sincères et sérieuses (2).

Mais supposons que la cession ait été pure et simple : que décidera-t-on dans ce cas? M. Troplong estime que, ici encore, le cédant devra laisser la préférence au cessionnaire. « On objectera peut-être, dit-il, que, dans la cession faite purement et simplement, le cédant n'est tenu que de la garantie de droit, c'est-à-dire de l'existence de la créance, et nullement de l'insolvabilité (art. 1693); que, dès lors, ne devant pas garantir au cessionnaire qu'il sera payé de la totalité de son dû, il n'y a pas de raison pour que ce dernier lui soit préféré. — Mais je répondrai qu'il serait tout à fait *contraire à la bonne foi* que le vendeur de la portion de la créance cédée, après en avoir touché le prix, vînt, *par son propre fait*, empêcher son cessionnaire de recouvrer la somme déboursée (3). » Nous ne pouvons nous rendre à cet avis de l'éminent jurisconsulte. L'objection est bien là où M. Troplong l'a placée, et la force de cette objection nous semble bien grande. Voyons en effet. Voici l'hy-

(1) *Voy*. Paris, 17 avril 1834 (Dev., 34, 2, 305). — *Voy*. encore un arrêt analogue de la Cour de cassation du 4 août 1817 (Dall., *loc. cit.*, p. 77, à la note).

(2) *Voy*., en ce sens, M. Mourlon (n° 328), où il établit solidement cette doctrine, et rétracte une opinion contraire qu'il avait émise dans son *Traité des subrogations*.

(3) M. Troplong (n° 367). — Conf. Grenier (t. I, n° 93).

pothèse même proposée par M. Troplong. Pierre est créancier de Jacques de 50,000 fr. pour une terre qu'il lui a vendue. Pierre cède la moitié de cette créance à Sempronius, qui la lui paye 25,000 fr. L'immeuble, étant vendu par saisie réelle, ne produit qu'une somme de 40,000 fr. Si Sempronius, au lieu d'acheter la moitié de la créance pour 25,000 fr., avait acheté la créance en totalité moyennant 50,000 fr., assurément il n'y aurait pas de doute possible. Pierre, comme cédant, n'était tenu qu'à la garantie de droit, c'est-à-dire que ce qu'il doit garantir, c'est l'existence de la créance au moment du transport, et, si l'on veut, son droit à cette créance. Quant à la garantie de fait, ou garantie *conventionnelle*, il ne la doit pas, car elle n'a pas été stipulée, et ne saurait exister par cela même, puisqu'elle ne peut résulter, sa dénomination même l'annonce, que d'une convention spéciale, d'une convention bien précisée même, si le cessionnaire veut être protégé contre les chances de l'avenir; car stipuler la garantie conventionnelle tout bonnement, ce serait de la part du cédant promettre la solvabilité *actuelle* du débiteur, la solvabilité au moment du transport, et nullement la solvabilité *future*, celle qui doit exister encore au moment de l'exigibilité, pour que le cessionnaire soit assuré d'être payé. (Art. 1695.) Sempronius n'aurait donc à prendre que 40,000 fr., bien qu'il en eût déboursé 50,000; et Pierre, à qui ces 50,000 auraient été comptés pour prix de la cession par lui faite, les garderait sans qu'il eût à indemniser en quoi que ce fût Sempronius à raison des 10,000 fr. dont ce dernier éprouverait la perte. Ceci est bien incontestable. Tout cela va-t-il changer maintenant parce que Sempronius, au lieu d'acheter la créance entière, n'en a acheté que la moitié? Mais pourquoi cela changerait-il? En vertu de quel principe? La loi dit-elle quelque part que les cessions partielles de créance sont soumises à des règles particulières, et notamment qu'au point de vue de la garantie elles sont envisagées sous un autre aspect et engagent le cédant d'une manière plus étroite que les cessions entières et complètes? Evidemment non : c'est toujours aux art. 1693 et suiv. du Code Napoléon qu'il faut s'en référer. Et dès lors Pierre dira à Sempronius : « Je vous ai cédé pour 25,000 fr. la moitié de ma créance, et vous n'avez exigé aucune garantie spéciale; je ne vous devais donc que la garantie de droit; or la créance existait au moment du transport, j'en étais bien propriétaire et j'y avais seul droit : vous ne pouvez donc rien exiger de moi et je n'ai pas à vous relever des conséquences d'une convention qui s'est formée régulièrement et qui a été légalement conclue entre nous. La créance dont je vous ai cédé partie est devenue mauvaise; tant pis : elle fût devenue mauvaise pour moi si j'étais resté propriétaire; elle le fût devenue pour vous seul si vous aviez acheté la créance en totalité; elle l'est devenue pour vous autant que pour moi, puisque vous en avez pris une moitié et que l'autre moitié m'est restée. Nous supporterons donc l'un et l'autre les conséquences de l'insolvabilité de notre débiteur commun. Cette insolvabilité, vous en avez accepté les chances en ne vous mettant pas en garde par une clause spéciale de garantie que j'aurais admise peut-être, mais qu'en tout cas vous n'avez pas réclamée.

Et maintenant que tout a été conclu entre nous sans cette clause, votre prétention de rattacher à votre part dans une créance qui nous est commune un privilége qui nous est commun aussi, puisqu'il s'attache à la créance dans son ensemble et la protége dans toutes ses parties indistinctement, votre prétention d'exercer ce privilége par préférence à moi et à mon exclusion ne tendrait à rien moins, dans son résultat final, qu'à obtenir de moi, par une voie détournée, cette garantie de fait ou *conventionnelle* que vous ne vous êtes pas réservée et à laquelle, par conséquent, vous n'avez aucun droit. Cette prétention, je la repousse donc et je vous rappelle à la vérité des principes : nous sommes l'un et l'autre créanciers au même titre et au même rang; donc, entre nous, pas de préférence possible, notre loi est dans l'art. 2097 du Code Napoléon, et nous serons payés par concurrence. » Nous ne voyons pas, nous devons le dire, ce que Sempronius pourrait répliquer, *en droit*, à cette défense de Pierre : aussi n'est-ce pas par des considérations *de droit* que M. Troplong la repousse. Ce qu'il objecte, ce qui le touche particulièrement, c'est qu'il serait contraire à la bonne foi que le cédant, après avoir touché le prix, pût, par son propre fait, empêcher le cessionnaire de recouvrer la somme déboursée. Mais en quoi la bonne foi de Pierre serait-elle plus contestable ici qu'elle ne le serait dans le cas où Sempronius aurait acheté la créance entière? Dans ce dernier cas, on l'admet, et il faut bien l'admettre, Sempronius, qui ne recouvrerait que 40,000 fr. des 50,000 par lui déboursés, n'aurait pas le moindre reproche à faire à Pierre, qui, cependant, aurait bien touché les 50,000 fr., montant intégral de la créance. Par quelle combinaison d'idées la circonstance que Pierre a cédé la moitié de la créance seulement au lieu de la céder tout entière arriverait-elle à le faire regarder comme reprochable? Et puis, en quoi, dans ce cas de cession partielle, est-ce le propre fait de Pierre, plus que dans le cas de cession intégrale, si Sempronius ne trouve pas, dans le prix à distribuer de l'immeuble saisi sur Jacques, de quoi recouvrer en leur entier les sommes par lui déboursées pour acheter la créance? Evidemment, dans un cas pas plus que dans l'autre, ce n'est le fait de Pierre, si l'immeuble dont Jacques devait le prix a été saisi sur lui, et si la vente n'a produit que 40,000 fr.; dans un cas comme dans l'autre, c'est la faute de Jacques ou peut-être celle des circonstances qui ont fait de Jacques, débiteur solvable à l'origine, un débiteur insolvable. A la vérité, dans le cas de cession partielle, Pierre, resté créancier d'une portion de son prix, vient en concours avec Sempronius, qui a acheté l'autre portion, et en cela il diminue la part que celui-ci obtiendrait dans l'ordre s'il y venait seul ou s'il y était colloqué par préférence à Pierre. Mais ce n'est pas là un fait qui soit imputable à Pierre; c'est un droit que les art. 1693 et 1694 du Code Napoléon lui donnent très-expressément, un droit qu'il est fondé à exercer par cela seul que Sempronius, qui en achetant partie de la créance était libre de faire ses conditions, n'a pas été assez avisé pour le lui enlever et se le faire transmettre.

Nous le croyons donc fermement : la doctrine émise par M. Troplong

est trop absolue. Exacte en droit autant qu'en équité lorsque le créancier, en cédant une portion de sa créance, a garanti, par une stipulation particulière, la solvabilité actuelle et future du débiteur cédé, cette doctrine est contraire à l'équité autant qu'aux principes du droit, lorsque la cession est faite purement et simplement, sans aucune clause spéciale qui oblige le cédant à faire jouir le cessionnaire. Dans ce dernier cas, le cédant et le cessionnaire sont sur la même ligne, au même rang; et si le débiteur devient insolvable, ils doivent, l'un et l'autre, prendre leur part de la perte commune : ils seront donc payés par concurrence sur le prix produit par l'immeuble que leur privilége affectait; toute collocation qui donnerait à l'un plus qu'à l'autre, eu égard à leurs parts respectives dans la créance qui leur appartient en commun, serait contraire à la vérité des choses et irait contre le vœu de la loi.

IV. — 240. Voici un dernier point sur lequel l'opinion suivie par M. Troplong et par la majorité des auteurs est, au contraire, manifestement la meilleure : c'est celui, déjà indiqué plus haut (*voy.* n° 234), où le conflit a lieu entre des prêteurs de deniers qui, ayant désintéressé le créancier, lui ont été subrogés, non point par un même acte (*voy.*, pour ce cas, le n° 233), mais par des actes successifs. Par exemple, je vous ai vendu au prix de 50,000 fr. une terre que vous m'avez payée jusqu'à concurrence de 25,000 fr. au moyen de fonds par vous empruntés de Jacques, lequel a rempli les conditions voulues par la loi et m'a été subrogé jusqu'à concurrence. (Voy. *suprà*, n° 224.) Plus tard, et quand le terme convenu entre nous est près d'expirer, vous empruntez de Joseph la somme de 25,000 fr. qui me reste due, et Joseph, en vous la prêtant, remplit aussi les conditions voulues, et m'est subrogé à son tour. (On sait que le prêt de deniers fait acquérir le privilége, pourvu qu'il soit fait en vue de l'acquisition et pour libérer l'acquéreur, encore qu'il n'ait pas lieu avant l'acquisition; *suprà*, n° 228.) Ces subrogations opérées, voici que vous êtes exproprié, et la terre que je vous avais vendue moyennant 50,000 fr. n'en produit plus que 40,000. Comment ces 40,000 fr. seront-ils distribués entre Jacques et Joseph, aux mains desquels est passé mon privilége par l'effet des subrogations qu'ils ont successivement obtenues? Si les choses étaient, au moment de l'expropriation faite sur vous, telles qu'elles étaient au moment de la vente que je vous ai consentie, la distribution ne souffrirait pas difficulté. J'étais resté créancier de 25,000 fr.; j'aurais donc le bénéfice de l'art. 1252, et, en vertu de cet article, je prendrais dans l'ordre ces 25,000 fr. par préférence à Jacques, le premier prêteur de deniers, qui, n'en trouvant ainsi que 15,000, en perdrait 10,000 sur les 25,000 par lui prêtés. (*Voy.* n° 224.) La question est donc de savoir si Joseph, en vous prêtant ultérieurement les 25,000 fr. qui me restaient dus, et en obtenant subrogation jusqu'à concurrence, a acquis ce droit de préférence, qui, en vertu de l'art. 1252, était attaché à la portion de prix qui me restait due, et s'il peut l'opposer à Jacques, comme j'aurais été fondé à le faire dans le cas où je fusse resté créancier. Les auteurs, suivant en ceci à peu près unanimement la doctrine

de Pothier, se prononcent pour la négative. Lorsqu'un créancier, dit en effet Pothier, a reçu, en différents temps, différentes portions de la dette, de différentes personnes qu'il a subrogées à ses droits pour les portions qu'il recevait d'elles, et qu'il reste encore créancier d'une partie, *toutes ces différentes personnes doivent venir entre elles par concurrence;* mais il doit leur être préféré. La raison de la première partie de la maxime est évidente; la raison de la seconde est que la subrogation ne peut jamais être opposée ni préjudicier au créancier qui a subrogé (1). Les auteurs, disons-nous, sont aujourd'hui de cet avis à peu près unanimement (2), et avec très-grande raison, ce nous semble. Le droit résultant de l'art. 1252 est déjà très-exorbitant, quand il est exercé par le créancier lui-même; c'est ce que nous avons fait remarquer plus haut (*voy.* n° 224); il ne faut pas l'exagérer encore par une extension déraisonnable qui le ferait survivre à l'extinction de la créance à laquelle il est attaché. Nous ne disons pas qu'il ne puisse jamais être exercé que par le créancier lui-même; nous croyons, au contraire, qu'il peut être exercé par quiconque acquiert la créance même à laquelle il est attaché, par exemple le cessionnaire du créancier, son donataire, son légataire, ou tout autre auquel le créancier aurait transmis sa créance ou la portion qu'il en avait conservée. Mais lorsque, au lieu de transmettre cette portion, le créancier en reçoit le payement avec des deniers d'emprunt et que le prêteur lui est subrogé, c'est autre chose. Le subrogé ne peut pas se dire en possession de la créance même, car elle a été éteinte par le payement; il n'y a donc plus de raison pour accorder au second subrogé un droit supérieur à celui du premier, l'un et l'autre ils sont placés sous l'empire du droit commun. Telle est la doctrine admise et développée par Marcadé (*voy.* t. IV, n°s 713 et suiv.); elle nous paraît d'une exactitude parfaite. Ainsi, dans notre espèce, Jacques et Joseph, placés au même rang, seront payés par concurrence, et chacun d'eux prendra 20,000 fr. sur les 40,000 produits par l'immeuble exproprié.

SECTION III.

DES PRIVILÉGES QUI S'ÉTENDENT SUR LES MEUBLES ET LES IMMEUBLES.

2104. — Les priviléges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles sont ceux énoncés en l'article 2101.

2105. — Lorsqu'à défaut de mobilier les privilégiés énoncés en l'article précédent se présentent pour être payés sur le prix d'un immeuble en concurrence avec les créanciers privilégiés sur l'immeuble, les payements se font dans l'ordre qui suit :

1° Les frais de justice et autres énoncés en l'article 2101;

2° Les créances désignées en l'article 2103.

---

(1) *Voy.* Pothier (*Introd. au tit. 20, cout. d'Orléans*, n° 87).

(2) *Voy.* Toullier (t. VII, n°s 170 et 230), Grenier (t. I, p. 181), MM. Duranton (t. XIX, n° 228), Zachariæ (t. II, p. 213), Troplong (n°s 378 et suiv.). — *Voy.* cependant M. Mourlon (n° 330).

SOMMAIRE.

I. **Énumération des priviléges compris dans cette dernière catégorie. Celle du Code est incomplète : il y faut ajouter les priviléges établis par des lois particulières.**

II. **Du reste, les priviléges généraux sur les meubles et les immeubles n'affectent les immeubles que subsidiairement. Conséquences : le créancier qui se présente pour être payé sur le prix d'un immeuble, sans avoir discuté le mobilier, n'en doit pas moins être colloqué, mais conditionnellement ou éventuellement; — que si, en cas de mobilier suffisant, il a négligé de se faire colloquer sur le prix, il est déchu et ne peut se faire colloquer sur le prix des immeubles; mais la déchéance n'est que relative, et si le montant de la créance était supérieur au prix du mobilier non discuté, le créancier devrait être colloqué, à son rang, pour la différence.**

III. **Classement des priviléges dont parlent nos articles dans le cas de concours avec les priviléges spéciaux sur l'immeuble dont le prix est à distribuer. Application de l'art. 2105; critique de cet article.**

I. — 241. Nous abordons, avec nos articles, la dernière catégorie des créances privilégiées, de celles à la sûreté desquelles la loi affecte, par privilége, la généralité des meubles et la généralité des immeubles du débiteur. Ces créances, nous le savons déjà (*voy.* n° 65), et l'art. 2104 nous le dit expressément, ce sont celles énoncées en l'art. 2101, c'est-à-dire les frais de justice, les frais funéraires, les frais quelconques de la dernière maladie, les salaires des gens de service, et les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille. (Voy. *suprà*, n°s 66-92.)

D'ailleurs, nous le savons aussi, l'énumération faite par le Code Napoléon des priviléges qui rentrent dans cette catégorie n'est pas complète. Il y faut ajouter le privilége du Trésor public pour le recouvrement des frais de justice en matière criminelle, correctionnelle et de police, lequel affecte également la généralité des meubles et la généralité des immeubles des condamnés (voy. *suprà*, n° 44); il y faut ajouter, en outre, le privilége du Trésor public et celui du Trésor de la couronne pour le recouvrement des débets, puisque ces priviléges grèvent, sinon tous les immeubles, au moins certains immeubles des comptables, en même temps que le mobilier. (*Voy.* n°s 48, 41 et 42.) Toutefois il y a, entre ces derniers priviléges et ceux qui sont établis par le Code, une différence notable quant au classement : nous y revenons, *infrà*, n° 246.

II. — 242. Les créanciers dont le privilége affecte à la fois les meubles et les immeubles ne viennent, cependant, sur le prix des immeubles que subsidiairement. C'est l'idée qu'exprime l'art. 2105 par ces mots « à défaut de mobilier, » dont il se sert. Ceci est, comme nous l'avons établi plus haut (*voy.* n° 44), une règle commune aux priviléges énoncés en l'art. 2101 et à celui du Trésor pour le recouvrement des frais de justice.

De là une conséquence à déduire : c'est que le créancier dont le privilége s'étend à la fois sur les immeubles et sur les meubles n'aura d'action sur les immeubles et ne pourra prendre sa part dans la distribution du prix qu'autant qu'il aura épuisé la valeur du mobilier de son

débiteur, ou que son débiteur n'aurait pas de meubles, ou, ce qui revient au même, n'en aurait pas d'autres que ceux qui sont déclarés insaisissables par la loi (1).

Est-ce à dire que toute collocation doit être refusée aux créanciers jouissant d'un privilége sur les meubles et les immeubles, lorsqu'ils se présentent pour être payés sur les immeubles, sans avoir discuté le mobilier? La question ne peut être résolue en thèse absolue; il faut distinguer suivant les situations.

243. Par exemple, nous supposons que des créanciers inscrits sur des immeubles en fassent la saisie et que le prix soit mis en distribution. Les créanciers de l'art. 2101, dont ces immeubles sont le gage subsidiaire, devront-ils laisser la distribution s'opérer, et devront-ils être repoussés, s'ils se présentent, uniquement parce que, par un fait accidentel, il arrive que la distribution du prix des immeubles précède la discussion d'un mobilier affecté, en premier rang, par leur privilége? Assurément, l'exclusion ici serait injuste, d'autant plus que ce mobilier, qui est le gage principal des créanciers de l'art. 2101, peut, en définitive, être insuffisant pour les désintéresser, et qu'ainsi, éloignés d'une part de l'ordre ouvert sur le prix des immeubles, et d'une autre part insuffisamment garantis par le mobilier auquel ils seraient renvoyés, ils seraient évincés par des créanciers moins favorables qu'eux, et, par la plus singulière des interversions, ils trouveraient une cause de préjudice dans la faveur même dont leur créance est entourée. D'un autre côté, il se peut que le mobilier, encore intact, du débiteur, suffise à désintéresser les créanciers dont il est le gage principal; et alors, si ces créanciers se payaient de leur créance sur le prix des immeubles, il pourrait arriver que ceux dont ces immeubles sont le gage spécial et unique perdraient tout ou partie de la leur : ainsi la collocation aurait tourné au profit des chirographaires, qui, trouvant un mobilier désormais affranchi du privilége qui l'affectait, viendront par concurrence y exercer ce droit de gage général que les art. 2092 et 2093 donnent à tout créancier sur les biens de son débiteur. Dans ce conflit d'intérêts, quel parti prendre? On n'admettra pas définitivement les créanciers de l'art. 2101 à l'ordre ouvert sur le prix des immeubles; mais on ne les rejettera pas non plus définitivement : on leur accordera une collocation *éventuelle* ou *sous condition*; on les colloquera en tant que les meubles de leur débiteur seraient insuffisants pour faire face à leur créance. Et comme c'est à eux, après tout, à faire diligence, on leur impartira un délai dans lequel ils devront discuter le mobilier de leur débiteur, afin que, la discussion terminée, la collocation éventuelle qu'ils auront obtenue dans la distribution du prix des immeubles s'évanouisse ou soit réduite dans la mesure de la portion de créance que le produit des meubles n'aurait pas couverte (2). Par exemple, ils étaient créanciers de 3,000 fr.; ils seront colloqués au premier rang, mais éventuellement

(1) *Voy.* Bruxelles, 21 août 1810.

(2) Conf. Amiens, 24 avril 1822; Agen, 28 août 1834.

seulement, pour cette somme dans l'ordre ouvert sur le prix des immeubles, et un délai quelconque, dont les circonstances détermineront la durée, leur sera donné pour discuter le mobilier de leur débiteur; ils agiront ensuite en conséquence, et si, tous frais payés, une somme de 3,000 fr. reste libre sur le prix des meubles, la collocation éventuelle qu'ils auront obtenue dans l'ordre ouvert sur le prix des immeubles sera comme non avenue; si le prix resté libre s'élève à 1,500 fr. seulement, la collocation éventuelle subsistera et deviendra définitive pour les 1,500 fr. formant la différence entre le produit des meubles et le montant de la créance.

244. Mais voici une autre hypothèse. Le débiteur avait un riche mobilier dont le prix a été distribué entre les créanciers chirographaires, faute par les créanciers de l'art. 2101 d'avoir opposé leur privilége. Plus tard, des immeubles appartenant à ce même débiteur sont saisis sur lui; un ordre s'ouvre sur le prix. Ces créanciers de l'art. 2101, qui ont négligé d'exercer leur droit sur le mobilier, vont-ils maintenant être admis et colloqués dans cet ordre? Non évidemment. La situation ici n'est plus la même; il y a eu négligence et faute à ne s'être pas présenté à la distribution du prix du mobilier, car c'est ce mobilier qui, d'après la loi, était grevé en premier rang du privilége de ces créanciers. Sans doute, et par une faveur toute spéciale, ce privilége s'étend aussi sur les immeubles du débiteur; mais il ne frappe pas d'une manière égale les meubles et les immeubles; il n'atteint les immeubles que subsidiairement : c'est en quelque sorte un second privilége qui s'ajoute au premier, un privilége tout à fait secondaire et dont, par conséquent, le créancier ne peut faire à son gré et suivant son caprice le privilége principal. Dès que le mobilier est discuté, il faut qu'il vienne à la discussion et y participe : c'est son premier devoir; et s'il omet de l'accomplir, c'est à ses risques et périls; la faute qu'il commet en cela ne peut nuire qu'à lui; il en doit seul porter la peine. Quelle peine? Evidemment la déchéance (relative et non absolue, nous le verrons tout à l'heure) de son droit de préférence sur les immeubles que, par la volonté très-nette de la loi, son privilége n'affectait que subsidiairement. S'il en était autrement, si, après avoir négligé d'utiliser ses droits sur le mobilier, c'est-à-dire sur le gage que la loi lui assigne principalement, il pouvait être relevé de sa négligence et obtenir le premier rang dans l'ordre ouvert sur le prix des immeubles, les conséquences de la faute pèseraient, non point sur lui qui l'a commise, mais sur les créanciers, privilégiés ou hypothécaires, dont ces immeubles étaient le gage spécial, et qui, forcés de céder le pas à celui qui aurait pu, s'il l'eût voulu, exercer ses droits sur d'autres biens, ne trouveraient plus qu'un gage amoindri et insuffisant pour les remplir de leurs créances; il arriverait ensuite que, en définitive, les créanciers de l'art. 2101 seraient maîtres en quelque sorte des collocations, et qu'en s'abstenant, par caprice, peut-être par fraude ou collusion, de participer à la discussion du mobilier, ils pourraient sacrifier, non-seulement à eux-mêmes, mais encore aux créanciers chirographaires, les créanciers hypothécaires ou privi-

légiés sur les immeubles. Assurément de tels résultats ne sauraient être consacrés; la déchéance seule les écarte, et c'est avec toute raison que la doctrine et la jurisprudence s'y sont arrêtées (1). Quelques arrêts décident cependant que la déchéance ne doit être prononcée qu'autant que ceux qui repoussent l'exercice du privilége sur les immeubles prouvent que c'est par fraude, collusion ou négligence grave, que le créancier a omis de se faire colloquer sur le prix des meubles (2). Nous n'irions pas même jusque-là, et, renversant la proposition, nous dirions volontiers que celui dont le privilége affecte la généralité des meubles, et subsidiairement la généralité des immeubles du débiteur, sera déchu de son droit de préférence sur le prix des immeubles, à moins qu'il n'établisse que c'est sans sa faute qu'il n'a pas été colloqué sur le prix du mobilier.

245. Et toutefois, même dans le cas où la déchéance devra être prononcée, cette déchéance ne sera pas absolue, s'il arrive que le montant de la créance soit supérieur à la somme produite par la vente du mobilier du débiteur. Dans ce cas, le créancier, même négligent, qui aura omis de se présenter à la distribution du prix du mobilier, devra être admis et colloqué dans l'ordre ouvert sur le prix des immeubles. Mais dans quelle mesure et à quel rang? Il faut que le prix des immeubles donne au créancier tout ce que le prix du mobilier ne lui a pas donné; et, quant au rang, il est fixé par l'art. 2105 qui, prévoyant l'hypothèse où, à défaut de mobilier, les créanciers de l'art. 2101 se présentent pour être payés sur le prix d'un immeuble en concurrence avec les créanciers privilégiés sur l'immeuble, déclare expressément que la préférence est due aux premiers. D'après cela, le créancier de l'art. 2101, dans notre espèce, sera colloqué, au premier rang, dans l'ordre ouvert sur le prix des immeubles pour la somme formant la différence entre le produit de la vente des meubles, déduction faite des frais, et le montant de sa créance. Par exemple, un avoué distractionnaire ou tout autre créancier de l'art. 2101 avait une créance de 3,000 fr. sur un débiteur dont le mobilier a été saisi et vendu. Ce mobilier a produit, tous frais payés, une somme de 2,000 fr. qui a été distribuée entre les chirographaires, faute par le créancier de l'art. 2101 d'avoir opposé son privilége. Celui-ci, s'il se présente à l'ordre ouvert plus tard sur le prix des immeubles de son débiteur, y devra être admis et colloqué au premier rang, mais seulement pour les 1,000 formant la différence entre le montant de sa créance et ce qu'il pouvait recevoir et n'a pas reçu par sa faute sur le prix du mobilier. Selon M. Persil, le créancier ne devrait venir, même pour ces 1,000 fr., qu'après les créanciers,

(1) *Voy.* Req., 22 août 1836; Lyon, 14 déc. 1832; Limoges, 9 juin 1842 (Dev., 33, 2, 169; 36, 1, 625; 43, 2, 10). — *Voy.* encore Grenier (t. I, n° 371), Delvincourt (t. III, p. 271, notes), MM. Persil (art. 2104, n° 3), Dalloz (*loc. cit.*, n° 21), Zachariæ (t. II, p. 116), Taulier (t. VII, p. 186), Duranton (t. XIX, n° 200), Troplong (n° 251 *bis*), Mourlon (n° 185).

(2) *Voy.* notamment l'arrêt de Limoges du 9 juin 1842, cité à la note précédente.

privilégiés ou hypothécaires, inscrits sur les immeubles, et il ne devrait être payé qu'autant que, ces derniers créanciers complétement désintéressés, il resterait quelque chose du prix des immeubles (1). Mais ce n'est pas assez. Ces 1,000 fr., dans notre espèce, constituent une créance amoindrie quant au chiffre, mais qui ne perd rien quant aux prérogatives et aux sûretés qui lui sont propres. Elle doit donc avoir le pas, non-seulement sur celle des chirographaires, mais encore sur celle des créanciers qui n'ont qu'une hypothèque ou un privilége spécial sur les immeubles, puisque la loi, quand elle la suppose en concours avec cette dernière, lui donne expressément le premier rang. Toute autre collocation serait donc arbitraire, car elle n'aurait aucune base dans la loi; et, au contraire, la collocation en premier ordre se justifie par l'autorité du texte, sans que, du moins à ce point de vue du texte, les créanciers, hypothécaires ou privilégiés, inscrits sur les immeubles, aient à s'en plaindre, puisque, après tout, ils trouvent dans leur gage la sûreté même sur laquelle ils avaient droit de compter, la collocation étant réduite à des termes tels qu'elle n'enlève à leur gage rien de plus que ce qu'il eût dû perdre nécessairement à leur égard si le créancier qui les prime n'eût pas négligé de se présenter à la distribution du prix du mobilier. — Toutefois, si la doctrine de M. Persil n'est pas celle que la loi consacre, elle est au moins celle que la loi aurait dû consacrer. Et ceci nous amène au classement des priviléges généraux, dont nous nous occupons ici, lorsqu'ils se trouvent en concours avec les priviléges spéciaux sur certains meubles.

III. — 246. Le législateur, prenant en considération la faveur exceptionnelle des créanciers de l'art. 2101, que des raisons d'ordre public ou des sentiments de justice et d'humanité font placer au premier rang des créanciers privilégiés, et envisageant d'un autre côté que, du moins en général, il s'agit de créances de peu d'importance, le législateur veut que le recouvrement soit assuré autant que possible. En conséquence, il admet le créancier à exercer son droit sur les immeubles de son débiteur, si le mobilier est insuffisant pour le satisfaire, et cela même par préférence aux créanciers qui ont sur ces immeubles un privilége spécial.

Sous ce dernier rapport, il y a une différence notable entre les priviléges énoncés en l'art. 2101 et ceux qui sont établis par des lois spéciales en faveur du Trésor public, soit pour le recouvrement des frais de justice en matière criminelle, correctionnelle et de police, soit pour le recouvrement des débets des comptables. (Voy. *suprà*, n° 241.) Ces priviléges, quoiqu'ils affectent à la fois des meubles et des immeubles, quoique l'un d'eux, le premier, affecte même, comme ceux énumérés en l'art. 2101, *tous* les immeubles en même temps que tous les meubles, ne jouissent pas cependant de la même faveur que ceux de l'art. 2101, puisque, en définitive, ils ne viennent, d'après les lois spéciales

(1) *Voy.* M. Persil (*Quest.*, t. I, liv. 1, ch. 2, § 1, p. 20 et suiv.). — Conf. M. Dalloz (*loc. cit.*, n° 21).

qui les établissent, qu'après les priviléges de l'art. 2103, c'est-à-dire après les priviléges sur certains immeubles. (*Voy.* n° 232.) Ceci est d'une justice parfaite : la protection due au Trésor en vue de la rentrée des deniers publics ne doit pas être établie au préjudice de créanciers dont le gage spécial et unique est la chose qu'ils ont mise eux-mêmes dans le patrimoine de leur débiteur.

Toutefois, la différence existant, sous ce rapport, entre les priviléges du Trésor public et les priviléges de l'art. 2101 n'est pas justifiée. Quelque favorable que soit la cause des créances énumérées dans cet article, le législateur, il faut le dire, a dépassé la juste mesure, sinon en leur donnant subsidiairement un privilége sur les immeubles, au moins en posant en principe que ce privilége primerait, même sur ces immeubles, celui des créanciers spéciaux. A tout prendre, cette préférence s'explique pour les frais de justice, en ce que ces frais peuvent profiter à tous, aux créanciers spéciaux comme aux autres, et la préférence se légitime ici, d'autant plus qu'en définitive le privilége attaché aux frais de justice n'est pas général d'une manière absolue, et ne peut, comme nous l'avons expliqué plus haut (*voy.* n° 68), être opposé qu'à ceux des créanciers dans l'intérêt desquels la dépense a été faite. Mais cette préférence constitue une faveur exagérée quant aux autres priviléges de l'art. 2101 : il n'est pas juste, en effet, que les créanciers dont le gage spécial et unique est dans l'immeuble de leur débiteur soient exposés à perdre une partie de leur créance, parce que ce débiteur a d'autres dettes, alors que ces autres dettes sont garanties déjà par un privilége qui affecte le mobilier dans sa généralité. Cela ne s'explique non plus par aucun motif plausible. C'est ce qu'exprimait la Faculté de Caen, dans ses observations sur le projet de réforme hypothécaire préparé en 1840, lorsqu'elle disait : « Pourquoi, par exemple, le vendeur perdrait-il une partie de son prix parce que son acheteur a des domestiques auxquels il est dû des gages? Pourquoi le copartageant, forcé peut-être par le sort de se contenter d'une soulte, subirait-il une réduction au profit des fournisseurs de son copartageant? Certes, ce serait assez favoriser les créances mentionnées en l'art. 2101 que de les colloquer avant les créances chirographaires, non-seulement sur les meubles, mais encore sur le prix des immeubles, quand il n'est pas absorbé par des priviléges ou des hypothèques (1). » Et la Faculté de Caen, formulant la disposition qui aurait fait droit à sa juste critique, proposait de dire : « Lorsque la valeur des immeubles n'a pas été absorbée par les créances privilégiées ou hypothécaires, la partie du prix qui reste due est distri-

(1) *Voy.* les *Documents* publiés en 1844 (t. III, p. 94). Notons ici que ces motifs mêmes, donnés par la Faculté de Caen, ont été reproduits en Belgique, lors de la discussion de la loi du 16 décembre 1851, qui y a modifié le régime hypothécaire, et ont servi de base aux dispositions par lesquelles le législateur belge, adoptant la proposition de la Faculté de Caen, a supprimé l'art. 2105, qu'il a remplacé par un paragraphe ajouté à l'art. 2101, et aux termes duquel, « lorsque la valeur des immeubles n'a pas été absorbée par les créances privilégiées ou hypothécaires, la portion du prix qui reste due est affectée de préférence au payement des créances énumérées au présent article. » *Voy.* le *Comment. législ.* de M. Delebecque (p. 88, 89 et 93).

buée comme valeur mobilière et affectée, par préférence, au payement des créances énoncées en l'art. 2101. » Dans ces termes, la protection due aux créanciers de l'art. 2101 serait suffisante; dans les termes de l'art. 2105, elle est exagérée.

247. Et précisément parce qu'elle est exagérée, elle doit être entendue de manière à ne pas gêner dans leur exercice les droits qui appartiennent, indépendamment de leur privilége, aux créanciers dont elle amoindrit et diminue la sûreté. Ainsi, si le prêteur de deniers, le copartageant, les ouvriers, n'ont aucun moyen de se défendre des chances de perte qui résultent de ce droit de préférence accordé, même sur l'immeuble ou sur la portion d'immeuble que leur privilége affecte spécialement, aux créanciers de l'art. 2101, le vendeur, lui, en peut avoir de décisifs, au contraire. Il a l'action résolutoire résultant de l'art. 1654, à l'exercice de laquelle ne saurait faire obstacle le privilége de l'art. 2101, même à la faveur du droit que l'art. 2105 donne à ce privilége d'être préféré, puisque ce dernier article règle limitativement la concurrence ou le conflit *entre deux priviléges* et ne détruit pas, par conséquent, le droit supérieur qu'a le vendeur de faire résoudre le contrat dont l'acquéreur n'exécute pas la partie à sa charge.

Le vendeur aurait, à nos yeux, un autre moyen s'il avait vendu sans délai pour le payement : cet autre moyen serait dans le droit de rétention que l'art. 1612 accorde, dans ce cas, au vendeur non payé. C'est là, nous l'avons indiqué plus haut (*voy.* n° 22), un droit réel; ce n'est pas un droit purement personnel qui n'aurait d'existence que du débiteur au créancier. Le vendeur pourra donc l'opposer aux créanciers dont le privilége général affecte les immeubles de leur débiteur, sans que la règle de préférence posée dans l'art. 2105 y puisse faire obstacle, parce que, ici encore, le conflit s'élève, non point entre deux privilégiés (seule hypothèse que règle l'art. 2105), mais entre un privilége et un droit supérieur, le droit naturel de retenir la chose qu'on a vendue jusqu'à ce que l'acquéreur en ait payé le prix.

SECTION IV.

COMMENT SE CONSERVENT LES PRIVILÉGES.

248. Nous touchons ici à l'un des points les plus graves de notre matière, à celui dans lequel le législateur, tout en se préoccupant toujours de la faveur qui est due à la nature des priviléges, tout en laissant aux créanciers qui en sont investis les avantages auxquels leur donne droit la qualité de leur créance, songe cependant à l'intérêt des tiers, et avise au moyen de leur éviter l'erreur et le dommage qui pourraient provenir de l'ignorance où ils seraient sur l'existence du privilége. Ce moyen, c'est la publicité. Dans quelle mesure cette publicité est-elle établie? Quelles sont les règles qui la dominent? les voies et moyens par lesquels elle se produit? les applications qu'elle comporte? les exceptions qu'elle admet? Notre Code répond à tout cela dans une série d'articles qui va du n° 2106 au n° 2113, sauf toutefois l'art. 2112,

qu'il en faut retrancher, et sur lequel nous venons de nous expliquer. (*Voy.* nos 236 et suiv.) C'est à l'examen de ces points importants et difficiles que nous devons nous livrer maintenant; et, autant pour éviter des répétitions que pour mettre plus de méthode et de clarté dans une matière que des controverses sans nombre et des variations fréquentes et notables dans la législation ont compliquée et troublée, il nous a paru nécessaire de ne pas rompre la série des dispositions écrites dans notre Code. Nous réunissons donc les sept articles dont la présente section se compose, non compris l'art. 2112, que nous avons déjà commenté.

2106. — Entre les créanciers, les priviléges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription sur les registres du conservateur des hypothèques, de la manière déterminée par la loi, et à compter de la date de cette inscription, sous les seules exceptions qui suivent.

2107. — Sont exceptées de la formalité de l'inscription les créances énoncées en l'article 2101.

2108. — Le vendeur privilégié conserve son privilége par la transcription du titre qui a transféré la propriété à l'acquéreur, et qui constate que la totalité ou partie du prix lui est due; à l'effet de quoi la transcription du contrat faite par l'acquéreur vaudra inscription pour le vendeur et pour le prêteur qui lui aura fourni les deniers payés, et qui sera subrogé aux droits du vendeur par le même contrat : sera néanmoins le conservateur des hypothèques tenu, sous peine de tous dommages et intérêts envers les tiers, de faire d'office l'inscription sur son registre, des créances résultant de l'acte translatif de propriété, tant en faveur du vendeur qu'en faveur des prêteurs, qui pourront aussi faire faire, si elle ne l'a été, la transcription du contrat de vente, à l'effet d'acquérir l'inscription de ce qui leur est dû sur le prix.

2109. — Le cohéritier ou copartageant conserve son privilége sur les biens de chaque lot ou sur le bien licité, pour les soulte et retour de lots, ou pour le prix de la licitation, par l'inscription faite à sa diligence, dans soixante jours, à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication par licitation; durant lequel temps aucune hypothèque ne peut avoir lieu sur le bien chargé de soulte ou adjugé par licitation, au préjudice du créancier de la soulte ou du prix.

2110. — Les architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux ou autres ouvrages, et ceux qui ont, pour les payer et rembourser, prêté les deniers dont l'emploi a été constaté, conservent, par la double inscription faite, 1° du procès-verbal qui constate l'état des lieux, 2° du procè-verbal de réception, leur privilége à la date de l'inscription du premier procès-verbal.

2111. — Les créanciers et légataires qui demandent la séparation du patrimoine du défunt, conformément à l'article 878, au titre *des Successions*, conservent, à l'égard des créanciers des héritiers ou représentants du défunt, leur privilége sur les immeubles de la succession, par les inscriptions faites sur chacun de ces biens, dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession.

Avant l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne peut être établie avec effet sur ces biens par les héritiers ou représentants au préjudice de ces créanciers ou légataires.

2112. — Voy. *suprà*, nos 236 et suiv.

2113. — Toutes créances privilégiées soumises à la formalité de l'inscription, à l'égard desquelles les conditions ci-dessus prescrites pour conserver le privilége n'ont pas été accomplies, ne cessent pas néanmoins d'être hypothécaires; mais l'hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que de l'époque des inscriptions qui auront dû être faites ainsi qu'il sera ci-après expliqué.

SOMMAIRE.

I. Système général de la loi prise dans son ensemble. La loi pose d'abord en principe, dans le premier article de la série, la nécessité, pour la conservation du privilége, d'une inscription *au moment même* où le privilége prend naissance; — elle fait l'application du principe aux priviléges du vendeur, des architectes et ouvriers et des prêteurs de deniers; — elle consacre ensuite trois exceptions auxquelles il en faut ajouter une quatrième relative aux priviléges du Trésor public; — enfin, par le dernier article de la série, elle établit une sanction pour le cas d'inaccomplissement des conditions prescrites par les dispositions qui précèdent. — Ce système de la loi est d'une logique et d'une justice parfaites; c'est parce que la loi n'a pas été comprise qu'elle a été taxée d'incohérence. — Division de la matière.

II. Établissement du principe que les priviléges sur les immeubles n'ont d'*effet et de rang* que par l'inscription. Le Code Napoléon est, sous ce rapport, la reproduction de la loi du 11 brumaire an 7, et le principe qu'il pose se combine parfaitement avec la maxime *privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causâ*, consacrée par l'art. 2095. L'opinion générale des auteurs s'est prononcée cependant en ce sens que, si l'inscription est nécessaire pour assurer l'*effet* du privilége, elle est inutile pour lui donner son *rang*. Réfutation. — De l'inscription des priviléges. Des délais de l'inscription dans les cas d'exception déterminés par la loi. — Qu'il n'eût pas été juste de fixer ces délais d'une manière uniforme.

III. Application du principe au privilége du vendeur. — Le privilége est conservé, non point par une inscription, mais par la transcription même qui révèle la mutation aux tiers. Historique de l'art 2108 du Code Napoléon. Il a été la reproduction de la règle posée dans la loi de brumaire an 7 et se rattache, comme cette dernière loi, à l'idée que la transcription est nécessaire pour transférer la propriété au regard des tiers. Preuve par la discussion du Code et notamment par le texte d'un article du projet qui consacrait ce principe, lequel article avait été adopté et n'en a pas moins été supprimé, sans qu'on sache pourquoi ni comment, dans la rédaction définitive. Conséquences de la suppression; embarras qui en ont été la suite dans la doctrine et dans la jurisprudence. Mais le texte a repris aujourd'hui sa signification et sa portée par l'effet de la loi du 23 mars 1855, qui a rétabli la transcription comme moyen de transférer la propriété vis-à-vis des tiers.

Bien que le privilége soit conservé par la transcription, il n'en doit pas moins être inscrit d'office par le conservateur; mais l'inscription d'office n'est pas une condition nécessaire à la conservation du privilége; l'omission engage seulement la responsabilité du conservateur : en ceci, le Code Napoléon s'est séparé de la loi de brumaire. Développements. — Quand l'inscription doit-elle être prise par le conservateur? Est-elle soumise à la règle du renouvellement?

Du droit de suite attaché au privilége du vendeur. Vicissitudes de la législation hypothécaire sous ce rapport. — Art. 834 du Code de procédure; loi du 23 mars 1855 sur la transcription. — Renvoi.

IV. Application de la règle au privilége des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers. — Deux inscriptions au lieu d'une sont nécessaires pour la conservation du privilége; l'une de ces inscriptions est *antérieure* même à la naissance du privilége, et l'inscription, au lieu d'être faite de la manière déterminée par l'art. 2148, se réduit à la relation : 1° du procès-verbal constatant l'état des lieux; 2° du procès-verbal de réception des travaux. La seconde inscription doit être faite après la réception des travaux; mais la loi ne fixe pas de délai. Si l'immeuble est aliéné par le propriétaire débiteur, quand la double inscription doit-elle avoir lieu? Hypothèses. — Renvoi.

V. Application de la règle au privilége des prêteurs de deniers, soit pour payer un prix de vente, soit pour payer ou rembourser les ouvriers; elle est soumise aux règles exposées dans les numéros qui précèdent.

VI. Première exception au principe. — Elle concerne les priviléges généraux qui affectent les immeubles subsidiairement; elle consiste en une dispense absolue d'inscription tant que l'immeuble reste aux mains du débiteur. — *Quid* si l'immeuble vient à être aliéné? — Renvoi.

VII. Deuxième exception. — Elle est relative au privilége des cohéritiers et copartageants, et consiste en ce que l'inscription est prise *après* que le privilége est né, et qu'elle a un effet rétroactif qui la fait remonter à la date de la licitation ou du partage dans lequel le privilége a pris naissance. L'art. 2109, qui consacre cette exception, doit être combiné avec l'art. 2103, et dès lors, bien qu'il ne parle du privilége que pour les soulte ou retour de lots et pour le prix de la licitation, la disposition en doit être étendue au privilége pour la garantie des partages; mode de l'inscription pour ce dernier privilége. — Du délai dans lequel doit être prise l'inscription; de la computation de ce délai; de son point de départ : hypothèses diverses. — Du délai de l'inscription dans le cas où l'immeuble grevé du privilége cesse d'être aux mains du cohéritier ou copartageant débiteur. — Renvoi.

VIII. Troisième exception. — Elle est relative aux créanciers et légataires qui demandent la séparation du patrimoine du défunt, et consiste en ce que, comme celle relative au privilége des copartageants et cohéritiers, l'inscription a lieu *après* et non en même temps que la naissance du droit; l'inscription agit rétroactivement. Délai dans lequel l'inscription doit être prise : questions. — Du reste, la matière de la séparation des patrimoines a été traitée par Marcadé sur l'art. 878 du Code Napoléon. — Renvoi.

IX. Quatrième exception. — Elle concerne les priviléges du Trésor public, et consiste en ce que l'inscription est prise aussi après la naissance du privilége; telle est la règle spéciale au privilége du Trésor pour le recouvrement des frais de justice criminelle et à son privilége sur certains immeubles des comptables. Mais la loi qui accorde un privilége à la régie des douanes ne dit rien sur le mode de conservation : conséquences.

X. Sanction établie par la loi. — En cas d'inaccomplissement des conditions prescrites pour la conservation des priviléges, le privilége dégénère en simple hypothèque, et l'hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que de l'époque des inscriptions. — Applications.

XI. Appendice. — Du droit de suite et spécialement de la loi sur la transcription. Aperçu général de la loi. Elle peut toucher au droit de préférence résultant du privilége; mais elle a particulièrement en vue le droit de suite.

En principe, la transcription arrête le cours des inscriptions. L'art. 834 du Code de procédure est abrogé. Conséquences en ce qui concerne les priviléges

généraux de l'art. 2101; — en ce qui concerne le privilége des entrepreneurs et ouvriers; — en ce qui concerne la séparation des patrimoines.

Mais, par exception, le vendeur et le copartageant peuvent, en s'inscrivant dans les quarante-cinq jours de leur titre, conserver leur privilége en cas d'aliénation de l'immeuble par leur débiteur et nonobstant toutes transcriptions d'actes faits dans ce délai. Motifs.

Développements en ce qui concerne le privilége du vendeur. — Questions diverses. Des ventes successives; des effets de la transcription d'un dernier contrat lorsque les précédents propriétaires y sont dénommés. — De la perte du privilége; elle entraîne la perte de l'action résolutoire, qui désormais est liée au privilége.

Développements en ce qui concerne les priviléges des cohéritiers et copartageants : la perte du droit de suite entraîne-t-elle la perte du droit de préférence?

I. — 249. Les sept articles que nous réunissons ici présentent dans leur ensemble tout le système de la publicité des priviléges sur les immeubles. Laissons pour un instant à l'écart ce qui a été dit, en doctrine et en jurisprudence, sur ce grave sujet; voyons la loi seulement pour l'apprécier en elle-même et par ses dispositions, et nous devrons reconnaître qu'elle est on ne peut plus rationnelle, qu'elle procède avec une logique et une justice parfaites, et que de tous les systèmes possibles elle consacre celui qui va le plus directement au but qu'elle devait se proposer. Ainsi, dans un bon régime hypothécaire, tout droit réel, dès qu'il se forme, doit être porté à la connaissance du public : car, d'une part, un tel droit s'exerce à l'encontre de tous, et il faut bien alors que tous puissent le connaître pour qu'ils soient avertis de le respecter; d'une autre part, il affecte la chose, qu'il amoindrit par cela même, et il est de toute justice, et il y va de la sûreté des transactions que l'affectation puisse être connue pour que ceux qui entreraient en relations d'affaires avec le propriétaire sachent quel est l'état réel de la propriété qui va devenir leur gage et ne puissent pas se méprendre sur les garanties et les sûretés que présente leur futur débiteur. Le législateur part de cette idée, et comme le privilége sur les immeubles constitue l'un de ces droits qui produisent une affectation réelle de la chose, il pose en principe, dans l'art. 2106, que le privilége, dès qu'il prendra naissance, sera rendu public par une inscription faite de la manière déterminée par la loi.

Mais il est telles circonstances où l'inscription peut n'être pas prise, soit parce qu'elle serait inutile, en raison de l'exiguïté de la créance, soit parce qu'elle est suppléée par une formalité équivalente au point de vue de la publicité; telles autres circonstances dans lesquelles l'inscription ne peut pas être faite de la manière déterminée par la loi; telles autres où il ne serait pas possible de la faire à l'instant même où le privilége prend naissance : de là la série de dispositions qui organisent toute cette matière. La loi nous dit en conséquence : 1° quant aux créances de l'art. 2101, celles qui ont pour gage la généralité des meubles du débiteur et n'affectent les immeubles que subsidiairement (voy. *suprà*, n° 242), qu'elles sont dispensées de la formalité de l'inscription (art. 2107); 2° quant au privilége du vendeur, que l'inscription en est

suppléée par la transcription de la vente, laquelle, en effet, en même temps qu'elle porte la mutation à la connaissance du public, lui fait savoir que l'ancien propriétaire, resté créancier de tout ou partie de son prix, a retenu un droit réel sur la chose (art. 2108); 3° quant au privilége des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers, que l'inscription devra *précéder* la naissance de la créance, et que, ne pouvant dès lors être faite de la manière déterminée par la loi à l'art. 2148, elle aura lieu par la reproduction des deux procès-verbaux dont le rapprochement fait connaître la plus-value sur laquelle porte le privilége (art. 2110); 4° quant au privilége du cohéritier ou du copartageant, à celui des créanciers et légataires qui demandent la séparation du patrimoine, et enfin à ceux du Trésor public, dont le Code ne parle pas, mais dont s'occupent les lois spéciales que nous avons déjà commentées (*voy.* n° 231), que l'inscription pourra être prise *après* la naissance de la créance privilégiée, et n'en remontera pas moins au jour où cette créance est née, pourvu que l'inscription soit faite dans le délai imparti par la loi, délai qui varie eu égard à la nature de chacun de ces divers priviléges. (Art. 2109, 2111; l. du 5 sept. 1807.)

Enfin, la loi veut être obéie, et comme ici c'est l'intérêt des tiers qui la préoccupe, comme à ses yeux il faut, avant tout, que les tiers ne puissent pas être trompés, elle place les conditions de publicité par elle établies sous la sanction d'une peine, ou d'une sorte de déchéance qui doit atteindre le créancier négligent; elle veut que, faute par le créancier d'avoir accompli les conditions auxquelles est subordonnée la conservation du privilége, la créance perde la faveur qu'elle tenait de sa nature même, qu'elle soit déchue de la qualité de créance privilégiée et reçoive l'application de la règle commune en matière d'hypothèque, c'est-à-dire qu'elle prenne rang seulement à la date de l'inscription qui en devra être faite. (Art. 2113.)

Telle est, dans son ensemble, l'économie de la présente section. Nous le répétons, au point de vue du problème que le législateur s'est posé et qu'il avait à résoudre, ceci évidemment est ce qu'il y a de plus juste, de plus logique, de plus net; nous n'entrevoyons pas ce qu'on aurait pu imaginer de mieux conçu et de mieux déduit. Comment donc se fait-il qu'il n'y ait peut-être pas dans le Code une autre partie qui ait soulevé autant et de plus vives critiques? Comment les dispositions de la loi ont-elles pu être considérées, par la généralité des auteurs, comme contradictoires et obscures à ce point que les solutions admises sont signalées comme incertaines et douteuses par ceux-là mêmes qui les défendent? Comment a-t-on pu dire que la loi se condamne par ses bizarreries mêmes, et que, sous prétexte d'organiser la publicité, elle n'a su prendre que des mesures partielles et a autorisé la clandestinité (1)? La raison de ceci est évidente à nos yeux : c'est qu'on a isolé cette partie de la loi des précédents législatifs dans lesquels elle a été puisée, et que, négligeant le secours puissant de la tradition, on a voulu expliquer le Code en lui-

(1) *Voy.* notamment M. Troplong (n° 267).

même comme s'il eût été, en cette partie, l'œuvre spontanée de ses rédacteurs, ce qui a conduit à en méconnaître à la fois et le principe et les détails. Ainsi, d'une part, on a mis à l'écart le principe même auquel le législateur avait rattaché toute sa théorie. Ce principe, emprunté par les rédacteurs du Code à la loi du 11 brumaire an 7, c'était la nécessité de la transcription comme moyen de consolider la propriété, de la transmettre au regard des tiers; en sorte que du jour où la doctrine et la jurisprudence ont pensé, à tort ou à raison (nous revenons là-dessus *infrà*, nos 257 et suiv.), que ce principe avait été abandonné par le législateur, la loi s'est trouvée comme disloquée, elle a perdu son point de départ, et plusieurs de ses dispositions sont restées sans explication, tellement que l'une d'elles a pu être regardée comme virtuellement abrogée (1). D'une autre part, et quant aux détails, la tradition étant encore oubliée ou méconnue, on n'a pas vu que nos articles, pour la plupart du moins, se rattachent également à la loi de brumaire, qui était en pleine vigueur au moment où ils ont été rédigés. Or la pensée qu'ils reproduisent avait sa signification précise dans cette loi dont les dispositions rigoureusement déduites ne présentaient pas la moindre obscurité; mais on a négligé généralement de remonter jusqu'à elle, et la pensée du Code est devenue confuse dès que la tradition a cessé de l'éclairer. Aujourd'hui un grand pas a été fait vers une doctrine meilleure par la loi du 23 mars 1855, qui, en rétablissant la transcription comme moyen de transférer la propriété au regard des tiers, restitue à nos articles leur point de départ et leur principe vital. Que faut-il maintenant pour que chacun d'eux reprenne son rang et sa signification précise? Rien que le ramener vers son origine et montrer ce qu'il devait être et ce qu'il a été dans l'économie de la loi à laquelle les rédacteurs du Code l'ont emprunté. C'est ce que nous essayerons de faire dans les observations qui vont suivre.

Nous nous occuperons d'abord de la conservation des priviléges au point de vue du *droit de préférence*, ce qui est plus particulièrement l'objet des art. 2106 et suiv. du Code Napoléon, et, à ce point de vue, nous traiterons successivement : 1° de l'établissement du principe que, entre créanciers, les priviléges n'ont d'effet que par l'inscription; 2° des applications que la loi fait elle-même du principe à divers priviléges; 3° des exceptions établies, soit par le Code, soit par des lois spéciales, en faveur d'autres priviléges; 4° de la sanction en cas d'inaccomplissement des conditions déterminées. Puis, dans un appendice plus particulièrement relatif à la conservation des priviléges au point de vue du *droit de suite*, nous nous occuperons des modifications qui ont été faites au Code Napoléon par les lois ultérieures et notamment par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription.

II. — 250. En principe, le créancier privilégié qui veut conserver, vis-à-vis des autres créanciers avec lesquels il peut se trouver en con-

---

(1) *Voy.*, M. Valette, De l'effet ordinaire de l'inscription en matière de privilége sur les immeubles (p. 72), et *infrà* (n° 258).

cours dans la distribution du prix d'un gage qui leur était commun, le droit de préférence attaché à sa créance, doit s'empresser de rendre son privilége public par la voie de l'inscription. Cela résulte de l'art. 2106, de cet article par lequel s'ouvre la section relative à la conservation des priviléges. Entre les créanciers, dit-il, les priviléges ne produisent d'effet *à l'égard des immeubles* qu'autant qu'ils sont rendus publics *par inscription* sur le registre du conservateur des hypothèques, de la manière déterminée par la loi, *et à compter de la date de cette inscription*. Voilà donc le principe tel qu'il résulte des termes de la loi : le privilége n'a d'effet et de rang, entre les divers créanciers d'un même débiteur, qu'à la condition d'avoir été rendu public, sauf certaines exceptions que la loi détermine et dont nous aurons à nous occuper bientôt.

251. De tous les articles de notre section, voici assurément celui qui a été le plus vivement critiqué. Est-ce avec raison? Nous le verrons tout à l'heure. Avant tout, il faut circonscrire la disposition de la loi dans son objet précis.

En premier lieu, l'article nous parle de l'effet des priviléges *entre les créanciers;* et par là son objet se limite à l'un des deux droits essentiellement différents dans lesquels se résument et l'hypothèque et les priviléges sur les immeubles, le droit de suite et le droit de préférence, le premier qui s'exerce sur la chose et qui intéresse particulièrement les créanciers dans leurs rapports avec les tiers acquéreurs de l'immeuble grevé de leurs créances, le second qui s'exerce sur le prix, et dès lors est complétement étranger aux tiers acquéreurs et ne concerne que les créanciers dans leurs rapports entre eux. Cette séparation des deux droits résultant, soit de l'hypothèque, soit du privilége sur les immeubles, a été méconnue quelquefois; elle l'a été notamment par la Cour de cassation dans cette longue série d'arrêts (que nous apprécierons à l'occasion de l'art. 2180) par lesquels la Cour décide que la purge éteint l'hypothèque aussi bien à l'égard des créanciers et du prix qu'à l'égard de l'acquéreur et de l'immeuble, et où elle émet cette proposition vraiment étrange « que la femme qui a perdu son droit de suite sur l'immeuble ne peut revendiquer son droit de préférence sur le prix, *puisque le prix n'est que la représentation de l'immeuble affranchi de l'hypothèque*, *et que le droit de collocation n'est que la continuation et la conséquence du droit de suite* (1). » Nous montrerons que ce droit de préférence qu'on nous donne ici comme une *conséquence* du droit de suite est, au contraire, e droit *essentiel*, plus encore que le droit de suite, qui, lui, n'est pas de l'*essence* de l'hypothèque ou du privilége, bien qu'il constitue une de ses conditions d'efficacité; que ce droit est *principal*, si bien qu'il peut exister et se produire sans droit de suite, comme dans les priviléges sur les meubles (voy. *suprà*, n° 149), à la différence de ce dernier droit, qui ne peut pas exister sans droit de préférence (2). Quant à présent, nous

(1) *Voy.* l'arrêt des chambres réunies, rendu le 13 février 1852, au rapport de M. le conseiller Faustin Hélie (Dev., 52, 1, 81; Dall., 52, 1, 39; *J. P.*, 1852, t. I, p. 257).

(2) *Voy.* M. Benech, dans sa *Monographie sur le droit de préférence en matière de purge des hypothèques légales dispensées d'inscription et non inscrites.*

nous bornons à signaler l'objet distinct des deux droits, et à constater qu'en plaçant en tête de l'art. 2106 ces mots significatifs *entre créanciers*, le législateur a limité sa pensée et indiqué que, dans cette partie du Code, c'est du *droit de préférence* spécialement qu'il s'occupe. Ceci est essentiel à retenir; on verra par la suite que bon nombre de points ne sont restés obscurs dans la doctrine que parce qu'on a trop négligé de renfermer cette partie de la loi dans son objet précis.

En second lieu, l'art. 2106 nous parle de l'effet des priviléges *à l'égard des immeubles*. En ceci, la disposition et toutes celles qui la suivent atténuent ce qu'il y a de trop absolu dans la rubrique sous laquelle elles sont placées. Les rédacteurs du Code ont pris pour rubrique cette formule générale : « Comment se conservent les priviléges; » d'où semblerait résulter que la loi va régler le mode de conservation de tous les priviléges, par conséquent de ceux qui affectent les meubles aussi bien que de ceux dont les immeubles peuvent être grevés. Mais il n'en est rien : la loi est précise et le principe qu'elle consacre est écrit limitativement en vue de ces derniers. Cela devait être, d'ailleurs; car il y a ceci de particulier aux priviléges sur les meubles que la cause en est en quelque sorte notoire d'elle-même, et en outre que la plupart impliquent la dépossession du débiteur et la détention du gage, soit par le créancier lui-même, soit par un tiers. Par là le privilége se révèle aux tiers, et le meuble se montre, sans le secours d'aucune notification spéciale, amoindri par l'effet de la charge qui le grève. Et puis, enfin, comment donc et où l'inscription aurait-elle pu être faite? Les meubles n'ont pas de situation fixe, et le domicile du débiteur, en raison de la grande facilité avec laquelle un domicile peut être changé, n'a pas beaucoup plus de fixité. Ainsi, les priviléges sur les meubles existent, ils produisent leur effet, ils peuvent toujours être opposés aux tiers indépendamment de toute inscription : ce n'est pas pour eux qu'a été établie la règle de la publicité.

252. Arrêtons-nous donc aux priviléges sur les immeubles, les seuls que la loi ait voulu soumettre au principe de la publicité. Dans quelle pensée ce principe a-t-il pu être posé? Cela semble évident de soi-même. Ou le législateur n'a voulu rien dire, ou il a entendu que la publicité serait telle que quiconque traiterait avec le propriétaire d'un immeuble, par exemple le capitaliste qui lui livrerait ses fonds sur la garantie d'une hypothèque, ne serait pas exposé à traiter dans l'ignorance d'une charge qui grèverait déjà l'immeuble et enlèverait par avance au prêteur ou diminuerait dans une proportion plus ou moins considérable la sûreté sur laquelle il avait compté, la sûreté qui seule peut-être l'avait déterminé à prêter. Cela étant, nous disons que le principe se formule ainsi : entre créanciers, le privilége ne produit son effet, il n'obtient, à l'égard des immeubles, le rang qu'il tient de la faveur de la créance, qu'autant qu'au moment même où il prend naissance il est rendu public par la voie d'une inscription; à défaut de cela, et si le créancier ne s'est pas mis en mesure, sa créance cesse d'être privilégiée, elle est simplement hypothécaire, et ne peut avoir d'autre rang que celui

qui lui est assigné par la date de l'inscription. Voilà, selon nous, la pensée de la loi telle qu'elle résulte des art. 2106 et 2113 combinés.

253. Cependant, quelque expressive que soit la disposition de ces articles, cette opinion heurte de front, nous devons le dire, les données fournies par la doctrine et par la jurisprudence. Tous les auteurs, jusqu'à ces derniers temps du moins, ont vu dans l'art. 2106 ainsi entendu quelque chose qui répugne à la nature du privilége et qui en détruit l'essence même. Si cette interprétation était admise, ont-ils dit, s'il était vrai qu'il ne fallût donner effet aux priviléges qu'autant qu'ils auraient été inscrits *et seulement à compter de la date de l'inscription*, s'il était vrai, par conséquent, que le privilége inscrit ne dût pas primer d'autres créances inscrites même antérieurement, il s'ensuivrait qu'il n'y aurait plus de priviléges sur les immeubles, que les créances prétendues privilégiées seraient, au fond, des créances hypothécaires, et il y aurait à retrancher du Code, au moins au point de vue des priviléges immobiliers, soit l'art. 2095, qui définit le privilége « un droit que la *qualité* de la créance donne à un créancier d'*être préféré* aux autres créanciers, même hypothécaires, » soit l'art. 2096, d'après lequel la préférence se règle, entre créanciers privilégiés, non point par la date, mais par les différentes qualités des priviléges. Et puis, quand la doctrine a constaté cette contrariété prétendue de vues dans les dispositions de la loi, elle avise au moyen de mettre le législateur d'accord avec lui-même; et l'expédient qu'elle propose, c'est tout bonnement la suppression de l'art. 2106, ou tout au moins la mutilation de cet article, une mutilation telle qu'elle équivaut à la suppression même; car, d'une part, la doctrine en retranche les dispositions essentielles, et, d'une autre part, quant à la partie qu'elle maintient, elle en fausse le sens précis et la signification positive. Ainsi, l'art. 2106 nous dit que les priviléges ne produisent d'effet, à l'égard des immeubles, qu'autant qu'ils sont rendus publics par une inscription; et puis il ajoute que les priviléges n'ont d'effet qu'à compter de la date de leur inscription. Or, de ces deux propositions, la doctrine accepte bien la première, mais à un point de vue tout à fait restreint, au point de vue du droit de suite, car elle l'explique en ce sens que la loi veut la publicité des priviléges dans l'intérêt des tiers acquéreurs, en vue de la purge de la propriété, pour assurer le repos de ceux qui l'acquièrent, pour les avertir de se mettre en garde contre toutes les chances d'éviction auxquelles ils sont soumis, pour leur dire de ne pas payer leur prix jusqu'à ce que les créanciers privilégiés sur les immeubles soient désintéressés; quant à la seconde proposition, elle est mise à l'écart, retranchée de la loi comme manifestement erronée, en ce que ce n'est pas l'inscription, mais la faveur de la créance ou sa qualité même, qui fait le privilége; en ce que l'inscription n'est qu'une formalité extrinsèque, destinée sans doute à mettre le privilége en action, mais qui, une fois accomplie, fait entrer le privilége dans toutes ses prérogatives, et notamment dans la plus importante de toutes, qui est de primer les créances hypothécaires, *quelle que soit l'époque de leur inscription;* en ce que, en un mot, si l'inscription

est nécessaire pour assurer l'*effet* du privilége, elle est du moins absolument inutile pour lui donner son *rang* (1).

Ainsi, un privilége a pris naissance le 1er janvier 1855 au profit de Paul, créancier privilégié de Pierre, pour la somme de 20,000 fr. Plus tard, et le 10 février 1855, Pierre emprunte de Jacques une autre somme de 20,000 fr., et lui confère une hypothèque qui est inscrite ce jour même. Plus tard encore, et le 20 mars 1855, Joseph, appréciant la valeur de l'immeuble et estimant que, nonobstant l'hypothèque de Jacques, l'immeuble présente un gage suffisant, consent à prêter 10,000 fr. à Pierre, et prend de son côté une inscription à la date du prêt. C'est après tout cela, et seulement le 5 avril 1855, que Paul porte à la connaissance du public le privilége qui avait pris naissance à son profit dès le 1er janvier précédent. En cet état, Pierre est poursuivi par ses créanciers; il est exproprié, et son immeuble adjugé produit 35,000 fr. Eh bien! Paul, quoique son privilége ait été inscrit après les deux créances hypothécaires, viendra néanmoins au premier rang et prendra, en totalité, ses 20,000 fr.; Jacques passera ensuite, et, comme les fonds manquent sur lui, il recevra 15,000 fr. seulement et en perdra 5,000 sur le montant de sa créance, quoique son inscription ait précédé celle de Paul et qu'au moment où elle a été prise rien n'ait averti Jacques de l'existence du privilége; et, quant à Joseph, il n'aura rien et perdra ses 10,000 fr., bien que le registre du conservateur, en portant à sa connaissance la seule inscription de Jacques, ait dû le convaincre que, eu égard au montant de la créance inscrite, comparé à la valeur du gage, il pouvait prêter en toute sûreté! En sorte que, dans ce concours de trois inscriptions faites à des dates successives, celle-là l'emporterait qui serait la dernière, et que, entre un créancier négligent et d'autres créanciers qui auraient agi avec vigilance, la perte serait pour ces derniers!

Ceci est bien étrange assurément; ceci est bien inique; et le résultat à lui seul condamnerait le système dans lequel il peut se produire. Ce qui le condamnerait encore, et non moins énergiquement, ce sont ses procédés et ses éléments mêmes. Que fait-il d'abord pour s'établir? Sous prétexte d'expliquer la loi, il va la supprimant ou la refaisant à sa guise, ici, passant un trait de plume sur telle disposition, parce qu'elle se combinerait mal avec telle autre; là, limitant la pensée exprimée, parce qu'il se pourrait bien qu'elle eût trop d'étendue! Et quand il a procédé ainsi, quand il a fait ainsi litière de la loi, sur quels éléments vient-il s'asseoir? Il parle de publicité, et à l'instant il en abandonne la cause en accordant à l'inscription le bénéfice d'une rétroactivité à la faveur de laquelle le privilége s'exerce même contre des créanciers hypothécaires auxquels rien ne l'a révélé! Il ajoute que la publicité n'est requise qu'au

---

(1) *Voy.* Tarrible (*Rép. de Merlin*, vº Privil. de créanc., sect. 5), Grenier (t. II, nº 376), MM. Persil (art. 2106, nº 2, et 2108, nº 22), Dalloz (*Rép.*, vº Hyp., ch. 1, sect. 4, nº 2), Duranton (t. XIX, nºs 209, 210), Zachariæ (t. I, p. 219), Taulier (t. VII, p. 200), Troplong (nºs 266 et 266 *bis*). — *Voy.* aussi Rennes, 21 août 1811; Rej., 26 janv. 1813; Orléans, 8 juill. 1845 (*J. P.*, 1845, t. II, p. 491).



point de vue du *droit de suite* et dans l'intérêt des tiers acquéreurs, et il oublie que le droit de suite, réglé à l'art. 2166 du Code, est en dehors des prévisions de notre art. 2106, lequel dit positivement et en termes exprès qu'il s'occupe de l'effet de l'inscription *entre créanciers*, c'est-à-dire du *droit de préférence!* (Voy. *suprà*, n° 251.) Enfin, il envisage l'inscription à la fois comme nécessaire et comme inutile, nécessaire au point de vue de l'*effet* du privilége, inutile au point de vue du *rang;* et il ne voit pas que le *rang* est indubitablement l'un des *effets* du privilége, et même celui dont notre article s'occupe exclusivement!

Mais ce qui par-dessus tout condamne le système, c'est la tradition; la tradition qui répand sur cette partie de notre sujet la plus vive lumière et ne permet pas de se méprendre sur la pensée dans laquelle a été conçue la disposition de l'art. 2106 (1).

En ceci, comme dans une infinité d'autres points, le Code Napoléon n'a pas été l'œuvre spontanée de ses rédacteurs. Le tort de la doctrine que nous combattons a été principalement d'avoir supposé le contraire, ou d'avoir fait comme si elle supposait le contraire, comme si le principe de publicité était une innovation s'introduisant par l'art. 2106 dans notre législation française. Il est bien vrai qu'à comparer la rédaction de notre loi sur les priviléges et hypothèques telle qu'elle est dans le Code Napoléon avec le projet de la commission chargée de préparer le Code, on pourrait s'y méprendre. La commission ne tenait aucun compte, en effet, de la publicité des priviléges et hypothèques; elle la rejetait, et pourvoyait à la sûreté des tiers par les moyens empruntés à cet édit de 1771 dont nous parlerons à l'art. 2166, et dans lequel elle tentait seulement d'introduire quelques perfectionnements. Evidemment, à ne considérer que ce projet, et s'il n'y avait eu, dans l'intervalle qui sépare l'édit dont le projet restaurait les principes et les théories que la discussion du Code a fait prévaloir en 1804, aucun autre système de législation, l'art. 2106 de ce Code devrait être regardé comme constituant une innovation législative. Mais n'oublions pas que ce projet de la commission fut vigoureusement attaqué; n'oublions pas que les Cours d'appel, et la Cour de cassation plus encore, s'élevèrent avec énergie contre le retour à cet édit de 1771, « qui ne faisait connaître les créanciers d'un homme qu'au moment de la discussion générale de ses biens, qui ne révélait son insolvabilité qu'au moment où toutes les ac-

(1) A ce propos, nous ne saurions trop signaler à l'attention des lecteurs la très-remarquable monographie, publiée par M. Valette, sur *l'Effet ordinaire de l'inscription en matière de priviléges sur les immeubles*. Le savant professeur a eu pour but de déterminer le sens précis de la règle posée dans l'art. 2106, et il a démontré de la manière la plus saisissante l'erreur de l'opinion que nous combattons ici. Le premier de tous les auteurs modernes, M. Valette, en rattachant le Code Napoléon à la loi du 11 brumaire an 7, d'où le Code émane directement, a établi que l'inscription nécessaire à l'exercice du privilége n'est pas une formalité arbitraire, qu'elle se lie à un système de publicité véritable et sérieux. Les lecteurs, en se reportant à cette démonstration savante, reconnaîtront que c'est là l'œuvre d'un jurisconsulte. On peut consulter encore dans le même sens et avec très-grand fruit les travaux de M. Hureaux, dans ses *Etudes théoriques et pratiques sur le Code civil* (étude première), et de M. Mourlon, dans son *Examen* du *Commentaire* de M. Troplong (n° 234 et suiv.).

tions éclatent, où il n'y a plus de remède, où ce qui reste va même être dévoré par des frais énormes (1); » n'oublions pas que, dans la discussion de l'art. 2106 du Code au conseil d'Etat, le débat s'engagea, non pas seulement sur le projet qu'avait préparé la commission, mais entre ce projet et une rédaction tout opposée que la Cour de cassation avait proposée en ces termes : « Entre les créanciers, les priviléges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles, et les hypothèques ne prennent rang qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription sur le registre du conservateur des hypothèques, de la manière déterminée par la loi, *et à compter de la date de cette inscription*, sauf les seules exceptions que la loi établit expressément (2); » n'oublions pas enfin que cette rédaction avait été empruntée par la Cour de cassation à la loi du 11 brumaire an 7, à cette loi qui était en pleine vigueur au moment où le Code a été discuté, et dont l'art. 2 exprimait que « l'hypothèque ne prend rang et les priviléges sur les immeubles n'ont d'effet que par leur inscription dans les registres publics à ce destinés sauf les exceptions autorisées par l'art. 11. » L'art. 2106, qui, on le voit, reproduit à peu près littéralement la rédaction proposée par la Cour de cassation, et empruntée par cette Cour à la loi de brumaire, se rattache donc invinciblement à cette dernière loi; il n'en peut pas être séparé (3), et c'est sous l'inspiration des principes consacrés par la loi de brumaire que notre art. 2106 doit être interprété.

Or quelle a été, sous le rapport qui nous occupe ici, la pensée de la loi de brumaire? L'art. 2 que nous venons de transcrire ne le dit pas précisément par lui-même, car s'il exige l'inscription pour donner effet aux priviléges sur les immeubles, il n'indique pas du moins quand et comment l'inscription doit se produire pour que le privilége en obtienne son effet. Mais la pensée de la loi se révèle sans équivoque possible dans toutes les dispositions qui font aux priviléges l'application du principe de la publicité. La loi reconnaît trois priviléges sur les immeubles : d'abord les priviléges généraux pour frais de scellés et d'inventaire, pour frais de dernière maladie et inhumation, pour gages des domestiques, etc., lesquels priviléges étaient, par exception, sous la loi de brumaire (art. 11), comme ils le sont sous le Code Napoléon (art. 2107), dispensés de toute inscription, et dont nous n'avons pas, par conséquent, à nous occuper ici; et puis le privilége du vendeur et celui des ouvriers. Or rien n'est plus significatif que les dispositions de la loi sur ces deux derniers priviléges. Quant au premier, que disait-elle? Elle se

(1) *Voy.* les observations de la Cour de cassation sur le projet du Code (Fenet, t. II, p. 608).

(2) *Voy.* l'art. 4 du contre-projet proposé par la Cour de cassation (Fenet, *ibid.*, p. 650).

(3) M. Tripier a rapproché les deux textes, avec une intelligence parfaite, dans l'édition qu'il a publiée de nos Codes. C'est un des cas où se manifeste avec évidence la supériorité de l'œuvre de M. Tripier, qui, mettant constamment en regard le texte de la loi actuelle et les textes correspondants des lois anciennes, permet au lecteur de remonter toujours aux sources de la loi, et lui donne bien souvent la solution de difficultés qui n'ont paru considérables que parce que la tradition a été ignorée.

rattachait à cette règle fondamentale dont elle avait fait la base de tout le système de la publicité, à cette règle qui instituait la transcription comme le moyen nécessaire de la transmission de la propriété à l'égard des tiers (art. 26), et elle voulait que ce fût cette transcription précisément qui, si l'acte de vente constatait que l'acquéreur restait débiteur de tout ou partie du prix, conservât son privilége au vendeur. C'est ce que l'art. 29 exprimait en ces termes : « Lorsque le titre de mutation constate qu'il est dû au précédent propriétaire ou à son ayant-cause, soit la totalité ou partie du prix, soit des prestations qui en tiennent lieu, *la transcription conserve à ceux-ci le droit de préférence sur les biens aliénés;* à l'effet de quoi le conservateur des hypothèques fait inscription sur ses registres des créances non encore inscrites qui en résulteraient. » Ainsi, dans le système de la loi, c'est la transcription qui, *en même temps* qu'elle avertit les tiers de la mutation, les avertit également de l'existence des priviléges dont la propriété est grevée aux mains du nouvel acquéreur. Quant au privilége des ouvriers, c'est plus encore, et la loi se montre autrement exigeante au point de vue de la publicité : ce ne serait pas assez que le privilége ici s'annonçât au public en même temps que la créance prend naissance, il faut, pour que le privilége puisse être opposé aux tiers, qu'il prenne les devants et soit notifié avant même qu'il existe une créance; car l'art. 14 nous dit que « le procès-verbal qui constate les ouvrages à faire doit être inscrit *avant le commencement des réparations*, et que le privilége n'*a d'effet que par cette inscription.* » Or, s'il y a quelque chose d'incontestable au monde, si quelque chose est démontré par ces applications mêmes du principe de la publicité, c'est que l'inscription dont il est question à l'art. 2 de la loi de brumaire, cette inscription qui était la condition nécessaire pour que le privilége eût son effet, s'entendait, dans le système de cette loi, d'une inscription qui n'était utile qu'autant qu'elle se produisait avant la naissance de la créance privilégiée dont elle révélait l'existence, ou au moins à l'instant même où naissait cette créance privilégiée

C'est donc là la seule interprétation que comporte aussi le texte de l'art. 2106 du Code. Il ne se peut pas en effet, quand la loi de brumaire voulait une publicité efficace et sérieuse, une publicité concomitante avec la naissance du privilége ou même antérieure, une publicité qui tînt les tiers en garde contre toute surprise, il ne se peut pas que le Code Napoléon ait renversé tout cela pour mettre à la place une publicité menteuse et vaine qui, n'agissant que dans le passé, laisserait les tiers exposés à ces fraudes toujours possibles avec la clandestinité des priviléges, à ces dommages que cette clandestinité ou même une publicité incomplète rendrait inévitables. Le Code n'a pu vouloir cela, et il ne l'a pas voulu en effet. C'est évident par la rédaction du texte d'abord; et cette évidence eût frappé tous les yeux, ceux même des auteurs dont nous combattons la doctrine, si les rédacteurs de l'art. 2106 s'en fussent tenus à la première partie de cet article où il est dit que « les priviléges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription sur les registres du conservateur des hypo-

thèques, » puisque alors le législateur de 1804 n'eût fait que reproduire les expressions employées par le législateur de l'an 7, et qu'en présence de deux rédactions absolument identiques, il eût été bien impossible d'admettre deux interprétations opposées. Mais les rédacteurs de l'art. 2106 sont allés plus loin; ajoutant au texte, ils ont dit (ce que les rédacteurs de la loi de brumaire avaient manqué de dire) que le privilége aurait effet « à compter *de la date* de l'inscription; » et, chose étrange! ces dernières expressions, prises par le conseil d'Etat dans le projet de la Cour de cassation, et admises évidemment, tant par la Cour de cassation que par le conseil d'Etat, pour éclairer la loi et en préciser mieux encore la pensée, sont celles auxquelles la doctrine s'est attachée jusqu'à ces derniers temps, pour montrer l'art. 2106 comme une sorte d'énigme dont le mot serait introuvable, comme un texte qui ne se serait introduit dans la loi que par irréflexion et qui n'y saurait être maintenu qu'à la condition d'être réduit et mutilé! Nous croyons que la tradition à laquelle il faut toujours remonter a fait justice de cette appréciation inexacte. Nous savons que la loi de brumaire, en posant dans l'art. 2 le principe de la publicité, n'avait pas dit que cette publicité à laquelle elle attachait l'effet du privilége devrait se produire en même temps ou même avant que la valeur immobilière grevée du privilége passait dans le patrimoine du débiteur, et que si l'art. 2 était entendu en ce sens, c'était moins en vertu de sa disposition propre qu'en vertu des applications que la loi en faisait elle-même aux divers priviléges par elle établis. Eh bien! les rédacteurs de l'art. 2106 du Code Napoléon ont voulu formuler le principe d'une manière complète et le mettre en rapport avec ses applications; ils n'ont voulu rien de plus : mettez l'article en présence de cette idée, et il n'y a rien à en retrancher (ce qui doit bien être de quelque considération pour l'interprète qui, ayant à expliquer la loi, n'est pas libre d'y couper et trancher à sa guise); tout ce qui y est doit y être, car tout y marche dans l'esprit du principe. Il exprime que les priviléges ne produisent d'effet qu'*à compter de la date de l'inscription*. Qu'est-ce à dire? Serait-ce, par exemple, que si au moment où j'acquiers de vous un immeuble j'avais, comme mari, comme tuteur, ou à tout autre titre, mes biens grevés d'une hypothèque légale, cette hypothèque primerait le privilége que vous retenez, comme vendeur, sur l'immeuble que je reçois de vous? Nullement; et si, dans l'hypothèse donnée, l'art. 2106 devait être entendu en ce sens que le privilége du vendeur n'aurait effet et ne prendrait rang, vis-à-vis des créanciers antérieurs de l'acquéreur, qu'à la date de la formalité qui doit le rendre public, les auteurs dont nous combattons la doctrine auraient raison de le dire, il y aurait là un défaut d'harmonie dans la loi, et l'art. 2106 serait le renversement du principe consacré par l'art. 2095. Mais on voit par tout ce qui précède que le texte a un tout autre sens, et que dans sa rédaction, que d'ailleurs on aurait pu faire plus nette et plus précise, il confond la date de la transmission avec celle de l'inscription, et n'emploie le mot *inscription* que dans une pensée généralisatrice, pour embrasser tous les priviléges, non-seulement ceux qui, comme le privilége

du vendeur, sont portés à la connaissance du public par la manifestation même qui révèle le passage de la propriété d'une main dans une autre, mais encore ceux qui, comme le privilége des ouvriers, s'annoncent par une inscription antérieure à la naissance du privilége (1). Ainsi, en remontant à la tradition, en interrogeant la loi actuelle dans son origine, dans les précédents mêmes où elle a pris naissance, notre art. 2106 revient à dire ceci, que le privilége n'a d'effet qu'autant qu'il est rendu public sur le registre du conservateur des hypothèques de la manière déterminée par la loi *et à dater de la transmission même* de la propriété, sauf les exceptions déterminées.

Faut-il insister encore? Faut-il aller plus loin? Nous dirons que notre doctrine trouve sa preuve, et la doctrine contraire sa condamnation, dans les données fournies par le texte même de nos articles, dans les combinaisons mêmes, dans les déductions de la loi. Ainsi, admettez (ce qui est une vérité éclatante pour nous) que le Code ait consacré en principe la nécessité de rendre le privilége public *à l'instant où il prend naissance ou même avant*, qu'il ait subordonné l'effet et le rang du privilége à cette condition, et la loi vous présentera un ensemble dont chaque partie a sa valeur propre et sa signification : alors vous comprendrez à merveille que, après avoir posé le principe de cette publicité contemporaine de la naissance du privilége, ou même antérieure, le législateur soit venu nous dire que néanmoins, et par exception, dans telles circonstances où la situation plus ou moins compliquée ne permettra pas au créancier de révéler immédiatement son privilége au public, l'inscription en pourra être faite dans un délai plus ou moins long, soixante jours ici (art. 2109), là six mois (art. 2111), avec rétroactivité à la naissance du droit; alors encore vous comprendrez à merveille que, pour contraindre, en dehors de ces exceptions, le créancier à remplir sur-le-champ des formalités où le législateur voit la sécurité des tiers, une disposition commune à tous les priviléges, l'art. 2113, soit venue dire généralement que toutes créances privilégiées à l'égard desquelles les conditions prescrites n'auraient pas été accomplies cesseront d'être privilégiées et descendront dans la classe des créances hypothécaires. Mais admettez la doctrine que nous combattons et supposez que, par suite de l'effet rétroactif attaché à toute inscription de créance privilégiée, le privilége doive, à quelque époque qu'il soit rendu public, primer toutes les hypothèques, même celles qui auraient été acquises du nouveau propriétaire dans le temps intermédiaire entre l'aliénation de l'immeuble et la publication du privilége, aussitôt la loi perdra son harmonie, et ne sera plus qu'un composé de dispositions surabondantes ou inapplicables. Ainsi, à quoi eût-il été bon de nous dire que, dans tel ou tel cas, l'inscription du privilége, faite dans le délai déterminé, rétroagirait au moment de la naissance du droit, et conserverait le droit dès ce moment, si le principe général eût été que l'inscription impliquerait toujours et nécessairement rétroactivité, à quelque époque qu'elle

(1) *Voy.* M. Hureaux (*loc. cit.*, p. 22).

fût prise? A rien; et l'art. 2113 serait évidemment une lettre morte, si les créanciers privilégiés étaient assurés, en s'inscrivant quand bon leur semble, de conserver leur droit et de le faire prévaloir même sur les hypothèques que leur débiteur aurait consenties avant que ce droit fût révélé aux tiers.

Tout ceci nous paraît décisif. Voilà pourquoi nous avons lu toujours avec une très-grande surprise ces reproches d'incohérence adressés au législateur. Voilà pourquoi nous en sommes encore à comprendre qu'on ait pu dire de la loi que ses bizarreries mêmes accusent son imprévoyance! que, tout en voulant la publicité pour mettre à nu la situation du débiteur, elle a manqué son but dans une foule de cas importants! qu'elle n'a su prendre que des mesures partielles et a autorisé la clandestinité au milieu même des dispositions destinées à porter le jour sur les affaires de l'obligé (1)! La vérité est que, si l'application de la loi n'a abouti qu'à la clandestinité, la faute n'en est point au législateur : elle est tout entière à la doctrine et à la jurisprudence, qui n'ont point entendu la loi et l'ont si faussement interprétée. Cette vérité est démontrée par la nature même des choses, par les précédents législatifs auxquels la loi actuelle se lie et dont elle est le plus fidèle écho, par l'ensemble des textes; et elle n'a été méconnue que par suite de cette équivoque (inconcevable pour quiconque interroge le Code à la lueur de la tradition) qui a consisté à mettre l'art. 2095 en opposition avec l'art. 2106, comme si, après avoir constaté le droit, dans le premier de ces articles, après avoir, dans un intérêt tout individuel, rattaché la prééminence du créancier privilégié à la qualité, à la cause même de la créance, et consacré le principe de la préférence, le législateur avait été lié à ce point de ne pouvoir sans contradiction régler par le second l'exercice de ce droit, et fixer, dans un intérêt général, celui des tiers, l'époque et les conditions auxquelles la préférence pourrait être invoquée (2)!

Ainsi, rien n'explique et rien ne justifie la théorie que nous avons combattue; l'art. 2106 n'est pas évidemment ce que la doctrine et la jurisprudence en ont voulu faire. Peut-être, puisqu'elle a trompé tant de bons esprits, sa rédaction laisse-t-elle quelque chose à désirer; néanmoins, telle qu'elle est, elle s'explique, sans qu'aucun retranchement y doive être fait : il en résulte, redisons-le, que l'inscription dont il y est parlé s'entend, eu égard au système de publicité organisé, d'une inscription qui, sauf les exceptions déterminées, doit être faite au moment où prend naissance le droit privilégié dont elle révèle l'existence, et que toute inscription qui ne serait prise qu'après irait en sens inverse du but vers lequel a tendu le législateur, que dès lors elle serait tardive et ne pourrait être opposée à quiconque aurait traité avec le débiteur dans l'ignorance de ce droit tardivement révélé au public et qui n'aurait pu se conserver et se maintenir qu'à la condition de se faire connaître.

254. Ce point est dominant dans la matière, et nous y avons insisté

(1) *Voy*. M. Troplong (n° 267).
(2) Observations de la Cour de Colmar sur les projets de réforme hypothécaire (*Documents* de 1844, t. III, p. 101 et 121).

parce que bien des détails s'y rattachent, parce que nous aurons à le rappeler fréquemment dans tout ce que nous allons dire maintenant sur les applications particulières que la loi fait elle-même de son principe et sur les exceptions qu'elle consacre. Mais avant d'aborder ces applications et ces exceptions, nous dirons quelques mots d'une autre critique qui s'adresse encore à la théorie de la loi prise dans son ensemble. Il s'agit de la différence établie entre les divers priviléges sous le rapport du délai dans lequel la créance doit se révéler au public. Les articles ci-dessus transcrits constatent cette différence, que nous avons nous-même rappelée par voie d'argumentation dans ce qui précède. On sait, quant au privilége du vendeur, que la transcription du titre qui a transféré la propriété à l'acquéreur n'est soumise à aucun délai; quant au privilége des ouvriers, qu'il n'y a pas de délai non plus, mais que cependant le créancier ne conserve son privilége qu'à la condition de faire inscrire deux procès-verbaux dont le premier a dû être dressé *avant le commencement des travaux;* quant au privilége des cohéritiers et copartageants, qu'il n'a son effet et son rang à la date du partage ou de l'adjudication par licitation qu'à la condition d'être inscrit *dans les soixante jours qui suivent;* enfin, quant aux créanciers ou aux légataires demandant la séparation du patrimoine du défunt, qu'ils conservent leur droit par des inscriptions *faites dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession.* C'est à raison de ces positions si diverses faites aux divers créanciers privilégiés sur les immeubles qu'on s'est demandé s'il est possible de ne pas qualifier de l'épithète d'incohérent un système dont les dispositions sont si peu combinées les unes avec les autres (1). Et, il en faut convenir en effet, les avantages de l'uniformité en législation sont si évidents que, par instinct en quelque sorte, on est porté à blâmer un système qui crée des distinctions et des dissemblances dans des situations qui présentent entre elles une certaine analogie. Quand on y réfléchit, cependant, on demeure convaincu qu'en ceci encore le législateur a disposé avec sagesse et dans une pensée bien entendue d'équité. D'abord, la situation n'est pas égale entre le vendeur et les autres créanciers privilégiés. Un délai était inutile au premier, dans le système de la loi; car, ainsi que l'exprime très-bien la Cour de Colmar dans ses Observations sur les projets de réforme hypothécaire (2), la transcription de la vente étant nécessaire pour la validité du contrat à l'égard des tiers, le vendeur est censé n'avoir point vendu tant que le titre n'est pas transcrit, et, s'il l'est, la transcription vaut inscription, en sorte que les tiers sont avertis en même temps et de la mutation et de l'existence du privilége. Il n'y avait donc pas de délai à fixer au vendeur pour l'inscription de son privilége, et c'est avec juste raison que la loi n'en fixe aucun. S'il en avait pu être de même vis-à-vis des autres créanciers privilégiés, rien de mieux; le système de la publicité en eût été plus complet, c'est évident, puisqu'un intervalle

(1) *Voy.* M. Troplong (n° 270) et les Observations des Cours de Pau et de Rouen *Documents* de 1844, t. III, p. 114 et 115).
(2) Voy. *Documents* de 1844 (t. III, p. 101).

quelconque qui sépare la naissance du privilége de la formalité qui a pour objet de rendre ce privilége public fait brèche à ce système de la publicité. Mais cela était-il possible? Pouvait-on, sans compromettre des droits infiniment respectables, exiger de tous créanciers privilégiés qu'ils se montrent, à peine de déchéance, à l'instant même où leur droit prend naissance? Pouvait-on exiger cela notamment du cohéritier ou du copartageant, et des créanciers ou légataires demandant la séparation du patrimoine du défunt? Evidemment non : il fallait laisser aux premiers le temps de se procurer l'expédition de l'acte et de le consulter pour y reconnaître leurs droits, et aux autres celui d'apprendre le décès de leur débiteur et de connaître ou de trouver leur titre. Un délai quelconque ne pouvait donc pas être refusé. Or, la nécessité de l'accorder reconnue, la mesure ne devait pas être égale, parce qu'évidemment les positions sont différentes. Quelque difficulté qu'ils éprouvent à démêler leurs droits, au milieu des clauses nombreuses et compliquées d'un acte de partage, les cohéritiers ou copartageants, qui en définitive ont concouru aux opérations du partage, n'auront pas besoin assurément, pour être en mesure de porter leur privilége à la connaissance du public, d'un délai égal à celui qui sera nécessaire à des créanciers ou à des légataires étrangers intervenant dans une succession et ayant à rechercher les immeubles qui en dépendent et sur chacun desquels ils ont à faire porter leurs inscriptions. Reconnaissons donc, du reste avec la majorité des Cours consultées sur les projets de réforme hypothécaire, et en particulier avec la Cour de Bastia, qu'un niveau unique pour des positions si différentes aurait été une injustice ou un danger que n'aurait pas compensé l'homogénéité reportée dans cette partie du Code (1).

Ceci dit, venons aux applications du principe et aux exceptions consacrées par la loi.

III. — 255. *Première application : Privilége du vendeur.* — Le vendeur privilégié conserve son privilége par la transcription du titre qui a transféré la propriété à l'acquéreur et qui constate que la totalité ou partie du prix lui est due, à l'effet de quoi la transcription du contrat fait par l'acquéreur vaut inscription pour le vendeur. En outre, le conservateur des hypothèques est tenu, sous peine de tous dommages et intérêts envers les tiers, de faire d'office l'inscription, sur son registre, de la créance résultant, en faveur du vendeur, de l'acte translatif de propriété. — Telle est la disposition complexe de l'art. 2108 du Code Napoléon. Des deux formalités qu'elle prescrit, la première seule, la transcription, est nécessaire, au point de vue de la conservation du privilége; la seconde, l'inscription d'office, a un intérêt tout spécial. Chacune d'elles a des détails qui lui sont propres : il importe donc de s'en occuper distinctement.

256. *De la transcription.* — Ici encore le Code Napoléon s'inspire

(1) Voy. *Documents* de 1844 (t. III, p. 96, 99, 100, 101, 109, 110, 115). — *Voy.* aussi MM. Valette (*loc. cit.*, p. 78), Mourlon (n° 268).

de la loi du 11 brumaire an 7, et il en reproduit à peu près littéralement la disposition. Nous citions tout à l'heure l'art. 29 de cette dernière loi (p. 239) : l'on a vu qu'aux termes de cet article la transcription conservait au précédent propriétaire ou à ses ayants-cause le droit de préférence sur les biens aliénés, lorsque le titre de mutation constatait qu'il leur était dû, soit la totalité ou partie du prix, soit des prestations qui en tenaient lieu. Notre art. 2108 ne nous dit pas autre chose. Mais, et ceci est très-important à noter, l'article de la loi de brumaire n'était lui-même, dans cette loi, que le dérivé d'un autre article, de cet article 26, rappelé plus haut également, qui, placé avec le précédent sous une rubrique commune « du mode de consolider et purger les expropriations, » posait en principe la publicité des mutations immobilières et pourvoyait à l'exécution en prescrivant la transcription des actes translatifs sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques, et en déclarant que, jusqu'à cette transcription, les actes translatifs ne pourraient être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur. Tel était donc le système de la loi, que la transcription qui devait révéler l'existence du privilége du vendeur était celle-là même qui annonçait la transmission de la propriété, et non-seulement qui l'annonçait, mais encore qui la réalisait, sinon entre les contractants, au moins au regard des tiers. C'était, on le voit, au point de vue de la publicité des priviléges, l'application la plus saisissante du principe tel que nous l'avons défini dans les numéros qui précèdent : la transmission de la propriété, la naissance du privilége, la publicité, tout cela se produisait simultanément. C'était en même temps, au point de vue de la sécurité des tiers, le système le plus logique, le mieux entendu et le plus satisfaisant. Sans transcription, point de transmission vis-à-vis des tiers : le vendeur, à leur égard, reste propriétaire et l'acquéreur ne le devient pas. Les tiers peuvent donc traiter avec le vendeur, car il a toute qualité pour leur conférer des droits et ils n'ont pas à craindre qu'on leur oppose un jour la vente et les droits de préférence qui en résultent pour la créance du vendeur, car à leur égard la vente est comme si elle n'était pas, et ces droits de préférence n'ont pas leur raison d'être, puisque le vendeur est resté propriétaire, et qu'en cet état la propriété elle-même est sa garantie vis-à-vis de l'acquéreur. Mais vienne la transcription, la transmission, qui jusque-là n'existait que du vendeur à l'acquéreur, est désormais opérée vis-à-vis des tiers. Ceux-ci savent maintenant que si le vendeur est resté créancier de tout ou de partie du prix, il a gardé, pour sa garantie, un droit réel sur l'immeuble par lui vendu, et que l'immeuble, entre les mains du nouveau propriétaire, ne leur offre qu'un gage amoindri par ce droit qui l'affecte et que l'ancien propriétaire a retenu. Ainsi, de toutes manières, la sûreté des tiers est complète : soit qu'ils traitent avec le vendeur avant la transcription, soit qu'ils traitent après avec l'acquéreur, ils se tromperont peut-être; ils ne pourront pas être trompés : le système de la loi les protége contre la fraude et les collusions.

257. Le Code Napoléon offre-t-il les mêmes garanties? Ceci ne pour-

rait pas même être mis en question si la loi sur les hypothèques eût été reproduite telle qu'elle a été votée par ses rédacteurs. L'art. 2108 n'était pas non plus une disposition isolée, un texte ayant son existence propre et indépendante. De même que l'art. 29 de la loi de brumaire, il avait son principe dans un autre article du projet : c'était l'art. 91, qui, reproduisant littéralement l'art. 26 de la loi de brumaire, exprimait que « les actes translatifs de propriété qui n'ont pas été transcrits ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente. » Or cet article a été voté en principe, et il a été voté en parfaite connaissance de cause, après une discussion approfondie entre les deux partis qui divisaient le conseil d'Etat, l'un tentant de résister aux institutions nouvelles, l'autre s'efforçant de les propager, au contraire. « L'effet de cet article, disait d'un côté M. de Maleville, sera-t-il d'investir de la propriété le nouvel acheteur qui aura fait transcrire au préjudice de l'acheteur plus ancien qui n'aura pas rempli cette formalité? Cet article semblerait le supposer par la généralité de ses expressions; mais comme l'article suivant dit que, malgré la transcription, l'immeuble ne passe à l'acquéreur qu'avec les droits qui appartenaient au vendeur, et qu'on ne peut pas transmettre ce qu'on n'a plus, il y a lieu de douter si l'art. 91 a voulu, en effet, que le premier acquéreur pût être dépouillé de sa propriété par le seul défaut de transcription : cette disposition présenterait des inconvénients très-graves. » Et, d'un autre côté, M. Treilhard répondait : « Oui, telle sera la conséquence de l'article. Il était nécessaire de régler la préférence entre les acquéreurs dans le cas d'une double vente. L'article veut qu'elle soit accordée à l'acquéreur qui a fait transcrire, sauf le recours de l'autre contre le vendeur. » Puis M. Jollivet ajoutait : « Cette disposition était encore nécessaire pour ôter au vendeur la faculté de charger d'hypothèques l'immeuble vendu. » — Voilà donc la question bien posée, le sens de l'article bien défini. Qu'en advient-il maintenant? D'abord, la disposition est attaquée de la manière la plus vive par M. Tronchet. « Elle est désastreuse, dit-il; elle aurait les effets les plus funestes. On a vu dans tous les temps des ventes faites par des individus qui n'étaient pas réellement propriétaires; on a vu aussi des ventes doubles faites par les propriétaires véritables; mais les tribunaux, dans tous ces cas, prononçaient entre les parties. Aujourd'hui, et d'après l'article que l'on propose, tout dépend de la transcription; en sorte qu'un citoyen qui aurait acheté et qui posséderait un immeuble depuis vingt ans, mais qui n'aurait pas fait transcrire, serait obligé de le céder à l'acheteur très-récent dont le contrat aurait été transcrit. Il faut même observer que l'effet de cette étrange disposition n'est pas borné aux ventes faites depuis la loi du 11 brumaire, mais qu'elle embrasse également les ventes antérieures; qu'ainsi, il n'y a plus en France une seule propriété dont on ne puisse être dépouillé faute de transcription, en vertu d'une vente faite par un individu qui n'a jamais été propriétaire, pourvu que l'acheteur fasse transcrire le contrat. Il est impossible de justifier une disposition qui expose à de

si grands dangers le droit sacré de propriété, et qui sacrifie un propriétaire légitime à un acquéreur nouveau, à un nouveau créancier... » L'attaque était vive. C'est M. Treilhard encore qui va répondre, et, entre autres choses, il dit : « ... Les inconvénients dont on a parlé n'ont donc rien de réel; ils ne doivent pas faire rejeter la disposition. Voici maintenant les raisons qui doivent la faire admettre. On a voulu que les prêteurs ne fussent pas obligés de se livrer à une confiance aveugle; qu'ils eussent des moyens de vérifier la situation de ceux auxquels ils prêtent leurs capitaux; de là la publicité des hypothèques. Cependant l'effet de ce système serait manqué si l'on n'était pas autorisé à regarder comme propriétaire celui qu'on trouve inscrit sous cette qualité. Si cet individu a vendu son héritage, et que néanmoins il l'engage comme s'il lui appartenait encore, point de doute qu'il ne se rende coupable de stellionat. Mais sur qui les suites de cette faute doivent-elles retomber? Sera-ce sur le prêteur, qui n'a pu s'éclairer que par l'inspection des registres hypothécaires? Non, sans doute : ce sera sur l'acquéreur, qui était obligé de faire connaître son contrat, et qui, pour ne l'avoir pas fait transcrire, a jeté dans l'erreur celui que la loi renvoyait aux registres. On voudrait qu'un acquéreur fût libre de ne pas faire transcrire. Il peut s'en dispenser; mais alors il ne lui restera d'autre garantie contre les hypothèques à venir que la moralité de son vendeur. Au reste, la disposition n'ébranle pas les anciennes acquisitions. Elle n'a trait qu'aux hypothèques créées par le vendeur sur une chose dont il s'est dessaisi, et elle donne en ce cas la préférence au prêteur qui n'a rien à se reprocher, sur l'acheteur qui ne peut imputer qu'à lui-même les suites fâcheuses de sa négligence ou de sa crédulité. Elle ne concerne que le vendeur propriétaire véritable, et non le faux propriétaire qui a vendu l'héritage d'autrui. Si le vendeur n'a point la propriété de l'immeuble, la transcription du contrat ne la transmet pas à l'acheteur. L'art. 91 est d'ailleurs un moyen de prévenir la collusion frauduleuse de l'acquéreur et du vendeur, qui, si le contrat suffisait sans la transcription, pourraient se concerter pour faire des dupes en offrant un faux gage. » Ces considérations parurent décisives; elles l'étaient en effet. La transcription fut donc admise en principe comme moyen de transmettre et consolider la propriété au regard des tiers : seulement, comme la rédaction proposée ne « paraissait pas rendre assez clairement le sens que venait de lui donner M. Treilhard, » à ce double point de vue que la disposition n'était pas applicable aux contrats de vente antérieurs à la loi du 11 brumaire, et que la transcription ne transfère pas la propriété à l'acheteur lorsque le vendeur n'était pas propriétaire, l'art. 91 fut renvoyé, avec l'art. 92 (aujourd'hui 2182), auquel se rattachait la seconde idée, à la section, en vue d'une rédaction plus précise sur ces deux points (1).

Certes, si l'article, adopté avec l'amendement qui y avait été intro-

(1) *Voy.*, pour cette discussion importante, Locré (t. XVI, p. 283), Fenet (t. XV, p. 386).

duit, se retrouvait dans la loi; si le Code, reproduisant fidèlement la pensée de ses rédacteurs, nous disait, comme cela a été voté : « Les actes translatifs de propriété qui n'ont pas été transcrits ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente; néanmoins la disposition n'est pas applicable aux contrats de vente antérieurs à la loi de brumaire, » aucune difficulté n'aurait pu s'élever sur l'interprétation de l'art. 2108. Le système de la loi de brumaire, alors, serait passé d'une manière complète dans le Code; l'art. 2108 eût été à l'art. 91 du projet ce que l'art. 29 était à l'art. 26 dans la loi de brumaire, une disposition accessoire et dérivée mise auprès d'une disposition principale et dominante; ce qui était vrai et admis sans difficulté sous cette dernière loi eût été également vrai et admis sans difficulté sous le Code Napoléon. Mais, par une circonstance qu'il n'est pas facile d'indiquer, soit par une sorte d'escamotage, comme dit M. Troplong (2), soit par inadvertance, soit peut-être par suite d'une délibération dont les procès-verbaux publiés ne gardent pas la trace, l'article si vivement discuté, si incontestablement adopté de prime abord par le conseil d'Etat, a été omis dans la rédaction définitive : il ne figure pas au Code Napoléon. On en a conclu généralement que, par le fait de la suppression, accidentelle ou calculée, la transcription avait cessé d'être un moyen de transmission nécessaire, l'unique moyen de transférer la propriété vis-à-vis des tiers. Et alors, l'art. 2108 a perdu son complément naturel; il a été privé du principe qui lui donnait sa signification; il n'a plus eu sa raison d'être. Bien mieux : dans sa combinaison avec l'art. 2106, il est devenu un péril pour ce privilége du vendeur, le plus favorable de tous assurément (voy. *suprà*, n[os] 144 et 145), auquel il venait offrir cependant ses moyens de conservation. Car dès que le consentement des parties était pris comme suffisant pour transférer la propriété, non-seulement du vendeur à l'acquéreur, mais encore à l'égard des tiers, il s'ensuivait que les priviléges et hypothèques inscrits ou dispensés d'inscription, mais provenant du chef du nouveau propriétaire, atteignaient l'immeuble à leur entrée dans le domaine de ce dernier, en sorte que le principe de l'art. 2106 étant donné, à savoir que les priviléges n'ont d'effet à l'égard des tiers que du jour de leur inscription, on arrivait à cette conséquence ultérieure, que les créanciers privilégiés ou hypothécaires du nouveau propriétaire devaient primer le vendeur, dont le privilége ne pouvait être conservé que par une transcription nécessairement postérieure à ce fait de la transmission, qui venait placer l'immeuble sous l'affectation du droit préexistant en faveur des créanciers de l'acquéreur.

Aussi la doctrine, quand elle en vint à l'application de cet art. 2108 désormais privé de son principe, ou du moins détaché du texte précis dans lequel ce principe avait sa formule explicite, se trouva-t-elle dans les plus grands embarras. La conséquence que nous venons d'indiquer

(1) M. Troplong (*Préf. des Hyp.*).

ne manqua pas de lui apparaître; elle en vit également les dangers et aussi l'injustice profonde. Elle affirma qu'une telle conséquence n'avait pas dû être consacrée par la loi. « Telle n'a pu être la pensée du législateur, » s'écria d'un côté M. Tarrible (1). « J'atteste, ajouta d'un autre côté M. Grenier (2), que cette conséquence n'a pas été indiquée dans les discussions préliminaires. » Et alors, s'efforçant d'arriver à un système qui protégeât le vendeur contre ce danger, la doctrine a imaginé cette distinction entre le *rang* et l'*effet* du privilége dont nous parlions plus haut (*voy.* n° 253), et elle a dit que le vendeur devait prendre inscription pour donner effet à son privilége et le mettre en action, mais que le rang du privilége lui étant assuré par la nature même de la créance, il s'ensuivait que l'inscription, à quelque époque qu'elle fût prise, faisait remonter l'effet du privilége au jour même de la vente (3).

De toutes les solutions, celle-ci, quoique généralement admise, était cependant la moins acceptable. Sans revenir ici sur ce que nous avons dit de cette distinction, si peu réfléchie, entre le rang du privilége et son effet, nous dirons que rien n'est plus contradictoire que cette solution à laquelle la doctrine a abouti, que rien non plus ne porte à cette publicité, qui a été le vœu de la loi et son but, une atteinte plus profonde. Eh quoi! la loi pose en principe que, entre créanciers, le privilége à l'égard des immeubles ne produit effet que par l'inscription qui en est faite sur les registres du conservateur. De votre côté, vous admettez qu'il en est du privilége du vendeur comme de tous les autres (sauf ceux de l'art. 2101), que sans inscription il ne peut produire son effet. Que faut-il conclure de cela? Qu'en dois-je conclure, moi, créancier de l'acquéreur, quand je me trouve en conflit avec le vendeur dans l'ordre ouvert sur le prix? Ne dois-je pas penser que si ce dernier ne s'est pas inscrit, ou, ce qui pour moi revient au même, s'il s'est inscrit tardivement, c'est-à-dire quand, après avoir traité avec l'acquéreur, j'ai pris mes sûretés, il ne pourra pas m'opposer son privilége? Point du tout! Il y a là votre solution qui me dit que, comme vendeur, rien ne vous obligeait à vous inscrire à un moment plutôt qu'à un autre; que la loi n'ayant imparti aucun délai, vous avez été toujours à temps de vous mettre en mesure, et que vous étant inscrit, fût-ce cinq ans ou plus encore après la vente, votre inscription a une vertu rétroactive qui en fait remonter l'effet jusqu'à la date du contrat, par conséquent avant la mienne qui, étant le résultat d'un traité fait avec l'acquéreur, est nécessairement postérieure au contrat par lequel vous lui avez transmis la propriété! Mais alors que devient le système de la publicité? Je tiens mon droit hypothécaire de l'acquéreur de l'immeuble, de celui par conséquent qui, dans ce système où la transcription n'est plus nécessaire

(1) Tarrible (*Rép. de Merlin*, v° Priv. de créanc., sect. 5).
(2) Grenier (t. II, n° 376).
(3) *Voy.* Tarrible (*loc. cit.*), Grenier (*loc. cit.*), MM. Persil (art. 2108, n° 22), Dalloz (*loc. cit.*), Duranton (t. XIX, n°s 209, 210), Zachariæ (t. II, p. 119, note 7), Taulier (t. VII, p. 205), Troplong (n° 279). — *Voy.* encore Rennes, 21 août 1811; Rej., 26 janv. 1813 et 23 déc. 1845 (Dev., 47, 1, 159).

pour consolider la propriété au regard des tiers, était réellement propriétaire, tant vis-à-vis de moi qu'à l'égard du vendeur lui-même; j'obéis à la loi dans tout ce qu'elle m'impose pour conserver ce droit et m'en assurer l'exercice : et avec tout cela je puis cependant être évincé par un privilége qui surgit inopinément trois, quatre, cinq ans ou plus encore après que, de mon côté, je m'étais mis en mesure, un privilége que rien ne m'avait révélé quand j'ai traité; qui, pour moi, comme pour tous, était occulte à ce moment et a pu continuer de l'être jusqu'au dernier jour, jusqu'au jour où la propriété est purgée! Ne serait-il pas bien dérisoire d'appeler un système dans lequel tout cela serait légitimé *le système de la publicité?* Evidemment la doctrine n'avait pas rencontré la bonne voie.

258. A côté de cette théorie, deux autres se sont produites, absolument opposées dans leur point de départ, mais néanmoins logiques l'une et l'autre dans leurs déductions respectives. L'une, en considérant la suppression de l'art. 91 du projet comme impliquant nécessairement l'idée que désormais la transcription ne serait plus nécessaire pour transférer la propriété à l'égard des tiers, en a conclu franchement que l'art. 2108 avait été abrogé par cela même; que cet article était tombé comme tombe une conséquence quand disparaît le principe d'où elle découle; par suite, que le privilége du vendeur existe avec tous ses effets, sans qu'il soit besoin d'inscription ni de transcription. Et, à vrai dire, on ne voit pas pourquoi la doctrine n'était pas allée jusqu'à cette abrogation virtuelle. Dès que l'inscription, *à quelque époque qu'elle fût faite par le vendeur*, était regardée comme agissant avec une telle puissance qu'elle faisait tomber, ou du moins qu'elle rejetait après le privilége du vendeur toutes les hypothèques que l'acquéreur avait pu consentir, n'était-il pas vrai de dire, au fond, que le privilége existe indépendamment de l'inscription? A quoi bon alors exiger l'inscription? Au point de vue du *droit de suite*, et quand le vendeur se trouve en présence de tiers acquéreurs, cette inscription peut être nécessaire (nous examinerons cela tout à l'heure en nous occupant de l'art. 834 du Code de procédure et de la loi récente sur la transcription par laquelle ce dernier article a été abrogé). Mais au point de vue de ce *droit de préférence* dont nous parlons exclusivement en ce moment, quand le vendeur, créancier de son prix, a seulement vis-à-vis de lui d'autres créanciers avec lesquels il est en concours pour la distribution de ce prix, pourquoi demander que le privilége soit transcrit à un moment quelconque, dès qu'on l'admet à s'inscrire, tant qu'on n'est pas arrivé à cette extrémité dernière où la propriété est purgée (1), même lorsque l'immeuble, sorti par vente à réméré de la possession de l'acquéreur, y est rentré par l'exercice du réméré (2)? Evidemment, affranchir le vendeur de la nécessité de s'inscrire, c'est, après tout, supprimer une formalité qui n'a réellement pas d'objet, c'est donner au système dominant l'appui de la logi-

(1) *Voy.* Troplong (n° 279); Bruxelles, 2 fév. 1831 (*J. du Pal.*, à sa date).
(2) *Voy.* Paris, 8 mars 1843. — *Voy.* cependant Rouen, 1er juill. 1846 (*J. P.*, 1843, t. I, p. 574; 1846, t. II, p. 285).

que dont il semble s'être peu préoccupé. Telle est l'opinion que M. Valette développe avec une très-grande autorité de raison dans la Monographie déjà citée, et qu'il résume en ces termes (1) : « ... le vendeur, au moins en ce qui touche le *droit de préférence* dont nous traitons en ce moment, n'a besoin d'aucune inscription ni transcription pour conserver son privilége; la vente produisant ses effets sans aucune mention sur les registres publics, doit les produire *intégralement;* on ne peut la scinder et réputer certaines clauses connues et d'autres ignorées du public; en un mot, toutes les clauses de l'acte forment un tout indivisible. On peut même dire, en termes plus énergiques, que l'aliénation connue du public par l'examen du titre n'est qu'une aliénation *partielle*, puisque le vendeur a conservé un droit réel, qui est le privilége. Je sais que le résultat auquel j'arrive ainsi choque une jurisprudence qui paraît constante; mais je me crois permis de le présenter comme logiquement déduit du principe adopté sur les mutations à titre onéreux. On entre ainsi dans un ordre d'idées intelligible; on met de côté franchement cette menteuse publicité du privilége qui se réduit à une forme inutile, et l'on ne fausse pas l'institution de l'inscription hypothécaire imaginée pour avertir les tiers. »

L'autre théorie, entrant dans un ordre d'idées absolument contraire à celui qui domine la précédente, se rattache à un grand nombre de dispositions qui existent dans le Code, soit au titre *Des Donations*, soit à notre titre *Des Priviléges et Hypothèques*, pour montrer que, nonobstant la disposition de l'art. 91 du projet, la transcription translative n'en est pas moins restée comme principe fondamental, que même, d'après le Code, la transcription n'a pas cessé d'être une nécessité pour consolider la propriété au regard des tiers. Et ceci admis, les conséquences se déduisent d'elles-mêmes; l'art. 2108, loin d'avoir été abrogé, a, dans le Code, la signification qu'avait l'art. 29 dans la loi de brumaire, le vendeur ne conserve son privilége que par cette transcription qui, en même temps qu'elle rend la mutation publique, fait connaître l'existence du privilége en faveur du vendeur resté créancier de tout ou partie de son prix (2).

S'il y avait encore à prendre parti entre ces deux théories, nous inclinerions volontiers vers la seconde, qui a tout d'abord sur la première cet avantage, fort considérable à nos yeux, de prendre la loi dans son ensemble, de chercher à l'expliquer sans en supprimer des textes qui y sont écrits, et que l'interprète, encore une fois, n'est pas libre de n'y pas laisser. Nous savons bien que Marcadé a rejeté ce système, et que, selon lui, l'article du projet qui consacrait en principe la nécessité de la transcription translative ne se retrouvant pas dans le texte définitif, il

---

(1) *Voy.* M. Valette (*De l'effet ordinaire de l'inscription*, p. 80, 81). — Conf. M. Mourlon (nos 271, 272, 273).

(2) Cette doctrine a des partisans en assez grand nombre. Elle a été soutenue par Jourdan dans la *Thémis* (t. V), par M. Blondeau, par M. Bonjean dans une thèse de licence (1820), et surtout par M. Hureaux dans ses *Etudes théoriques et pratiques sur le Code civil* (deuxième étude, nos 127 et suiv.).

s'ensuit que cet article a été rejeté et avec lui le principe lui-même. (*Voy.* art. 1140, t. IV, n° 488.) Ce que nous ne savons pas, c'est comment Marcadé, ceci étant admis que la transcription n'a pas été conservée *par le Code Napoléon* comme moyen de transmission de la propriété immobilière au regard des tiers, aurait expliqué nombre d'articles de ce Code, notamment cet art. 2108 que nous commentons en ce moment, et les art. 2189, 2198, 2199, 2200, dont on trouvera plus loin le commentaire. Quant à nous, nous ne voyons guère la possibilité de maintenir ces articles et d'autres encore dans leur sens véritable, si l'on n'admet pas comme conservée *par le Code Napoléon* l'idée que l'art. 91 du projet avait formulée, et c'est un autre motif qui nous aurait fait incliner vers la seconde des deux théories ci-dessus indiquées. Mais aujourd'hui il n'y a pas à prendre parti entre les deux, ou plutôt il n'y en a plus qu'une de possible dans l'état actuel de la législation : c'est précisément celle que nous aurions préférée. En effet, cette théorie, qui, nous l'avouons, avait été virtuellement condamnée par le Code de procédure (art. 834, voy. *infrà*, à l'*Appendice*), vient d'être formellement consacrée par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, qui, après avoir énuméré dans les art. 1 et 2 les actes et jugements sujets à la transcription, ajoute, par l'art. 3, que, « jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énumérés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois. » Par là, l'art. 2108 reprend sa signification et sa portée primitives, car la loi nouvelle restaure le système de la loi de brumaire d'où cet article nous était venu en ligne directe, et désormais, grâce à la loi qui lui rend son principe et sa raison d'être, cet article pourra recevoir son application naturelle sans tiraillements ni ambiguïtés.

259. Ainsi, la chose n'est plus contestable aujourd'hui, le privilége du vendeur se conserve par sa notification au public, par sa notification contemporaine du fait même qui consomme la transmission de la propriété à l'égard des tiers : il ne se conserve qu'à cette condition. Il n'est pas obligé de se produire avant, parce que, tant qu'il n'y a rien de plus que l'accord entre le vendeur et l'acquéreur, le privilége n'a pas de raison d'être, le vendeur étant toujours propriétaire vis-à-vis des tiers et trouvant dans la chose même dont il garde la propriété à leur égard une garantie on ne peut plus complète. Mais il n'est pas possible qu'il se produise après, parce qu'il faudrait, pour qu'il en fût autrement, donner au privilége une rétroactivité absolument incompatible avec le principe de la publicité. Ce qu'il faut donc, pour que tous les intérêts soient sauvegardés, c'est que le privilége se montre à l'instant même où il prend naissance : c'est là précisément ce qu'avait voulu l'art. 2108; c'est ce qu'il veut incontestablement aujourd'hui que, par l'effet de la loi nouvelle, il est replacé sous l'autorité du principe d'où le législateur l'avait fait découler.

260. Avant d'aller plus avant et de commenter l'art. 2108 auquel est rendu maintenant son sens précis, rappelons un autre point impor-

tant que consacre la loi nouvelle et qui donne à la transcription une importance capitale pour le vendeur. Jusqu'à cette loi, le vendeur, déchu de son privilége, restait toujours armé de son action résolutoire qui, nous l'avons vu plus haut (*voy.* n° 198), avait son existence indépendante et permettait de ressaisir la chose, alors même que tout droit de préférence était perdu sur le prix. La jurisprudence, et, sinon la jurisprudence, au moins une décision isolée, était allée plus loin encore. Voici, en effet, un arrêt où nous voyons la Cour de Lyon combiner en quelque sorte les deux garanties accordées distinctement au vendeur et maintenir l'exercice du droit de préférence résultant du privilége, nonobstant l'extinction de ce privilége pour défaut de transcription, par cette seule considération que, à raison de l'action résolutoire, toujours ouverte au vendeur, les créanciers avec lesquels il venait en concours sur le prix étaient sans intérêt, et par conséquent sans droit, pour lui contester l'allocation privilégiée du montant de sa créance (1). Sans nous arrêter à cette doctrine, qui d'ailleurs n'a jamais été admise en principe (2), nous dirons que, dans l'état actuel de la législation, elle n'aurait pas même de prétexte pour se produire, car cette espèce de solidarité que la Cour de Lyon établissait si arbitrairement entre le privilége et l'action résolutoire, et à la faveur de laquelle le premier, quoique éteint, reprenait la vie dans l'existence de la seconde, a été consacrée précisément en sens inverse par la loi nouvelle sur la transcription, dont l'art. 7, on l'a vu aussi plus haut (voy. *loc. cit.*), nous dit, au contraire, que l'action résolutoire appartenant au vendeur ne se soutient pas sans le privilége, que l'action résolutoire ne peut plus être exercée après l'extinction du privilége du vendeur au préjudice des tiers qui auraient acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, et qui se seraient conformés aux lois pour les conserver.

Ceci dit, revenons à l'art. 2108, et voyons ce qui en résulte maintenant, tant au point de vue de la situation des parties avant la transcription de la vente, qu'au point de vue de la forme de la transcription, de ceux qui peuvent requérir la transcription, de l'acte à transcrire, et des conditions dans lesquelles la transcription doit se produire pour qu'elle ait son effet.

261. Et d'abord, avant la transcription, rien n'est changé dans la situation des parties, du moins vis-à-vis des tiers. Puisque à l'égard de ceux-ci la propriété est transmise seulement par la transcription, il s'ensuit que, jusqu'à la transcription, il n'y a pas de propriété transmise: le vendeur n'a pas cessé d'être propriétaire, l'acquéreur ne l'est pas devenu. Mais il n'en est ainsi que *par rapport aux tiers;* du vendeur à l'acquéreur, la situation est toute différente, car il y a le principe de

(1) *Voy.* Lyon, 20 mai 1828.

(2) La Cour de cassation jugeait, au contraire, que le vendeur non payé, quoiqu'il pût demander la résolution de la vente et rentrer dans sa propriété bien qu'il n'y eût pas eu transcription du contrat, n'en avait pas moins perdu le droit d'exercer son privilége si les formalités nécessaires pour le conserver n'avaient pas été accomplies. Rej., 13 décembre 1813.

l'art. 1583 du Code Napoléon aux termes duquel la vente est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur, à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. Cette position complexe ne doit pas être perdue de vue pour apprécier sainement les droits qui peuvent être conférés à des tiers, soit par le vendeur, soit par l'acquéreur, dans la période de temps qui s'écoulera entre le moment de la vente et celui de la transcription. Quant aux tiers qui auraient traité avec le vendeur et auxquels celui-ci aurait conféré des droits sur les immeubles par lui vendus, il est bien certain que ces droits (si d'ailleurs les tiers se sont conformés à la loi de leur côté pour les conserver) primeront celui de l'acquéreur ou même le détruiront en entier. Ainsi, le vendeur a-t-il conféré hypothèque, cette hypothèque grèvera la propriété; a-t-il revendu l'immeuble, la vente tiendra, et celle qui avait été faite au premier acquéreur sera effacée : tant pis pour ce dernier s'il n'a pas fait diligence, si, ayant négligé de transcrire, il a laissé les tiers ignorer que la propriété s'était déplacée en passant des mains du vendeur dans la sienne. Quant à ceux qui auraient traité avec l'acquéreur, leur position et leurs droits seraient moins solides. La propriété n'étant pas transmise à leur égard, à défaut de transcription, ils n'ont pu traiter avec l'acquéreur que sous la réserve du privilége du vendeur, privilége toujours menaçant tant que la transcription n'est pas faite, et qui, étant préférable aux hypothèques, à raison de la nature, de la cause même de la créance, les primera nécessairement. (Art. 2095.) Que si au lieu d'une hypothèque nous supposons une revente consentie par l'acquéreur, il en sera de même pour le vendeur originaire; en faisant transcrire son contrat, il conservera son privilége. Mais il y a ceci à noter, que le privilége sera perdu si, le vendeur ayant négligé d'aviser à la transcription de la vente, le sous-acquéreur prend les devants et fait transcrire la sienne. M. Valette, en partant toujours de l'idée que l'acquéreur ne peut pas transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même, ne voit cependant en ceci qu'une contradiction : il ne s'explique pas comment l'acquéreur qui, avant la transcription, ne pourrait pas conférer hypothèque au préjudice du vendeur, pourrait cependant transférer la propriété même (1). Cela vient de ce que le savant professeur ne tient pas suffisamment compte de la situation complexe que la vente fait aux parties. Du vendeur à l'acquéreur, la transmission est consommée par le seul consentement; la transcription n'a été nécessaire qu'à l'égard des tiers. Donc, vis-à-vis du vendeur du moins, l'acquéreur est propriétaire indépendamment de la transcription, et, quant à lui, il n'est pas exact de dire que l'acquéreur transmet, en vendant, plus de droits qu'il n'en a lui-même; car ce droit de vendre, il l'avait bien réellement, par rapport à son vendeur, comme il avait le droit d'hypothèque. Et si dans le cas où une hypothèque seulement a été consentie le fait ne préjudicie pas au vendeur, c'est que celui-ci peut venir, avec le droit de préférence attaché à la nature même de sa créance

(1) Voy. *loc. cit.*, p. 91, et à la note.

privilégiée, agir sur la chose qu'il trouve toujours dans le patrimoine de son débiteur. Mais il n'en est pas de même quand le débiteur a aliéné cette chose, quand il l'a transmise en la vendant à son tour. Alors il ne peut plus être question d'un privilége qui, la première vente n'ayant pas été transcrite, n'a même pas pris naissance. La seconde vente prévaut parce que, la transcription en ayant été faite, elle a acquis cette notoriété qui la rend ferme et stable vis-à-vis de tous. Ici encore, c'est tant pis pour le vendeur originaire s'il n'a pas avisé à ce que son contrat fût transcrit.

262. Entendue comme nous l'avons résumée tout à l'heure, et l'on ne saurait plus aujourd'hui l'entendre autrement, la disposition de l'art. 2108 est redevenue celle qui présente l'application la plus vraie et la plus parfaite du principe de publicité posé dans l'art. 2106, tel que nous l'avons expliqué plus haut. (*Voy.* n° 253.) Remarquons toutefois que, du moins quant à la forme ou au mode suivant lequel le privilége doit être rendu public, l'art. 2108 diffère de l'art. 2106. Dans ce dernier article, la loi nous parle d'une publicité qui se produit par voie d'*inscription* sur les registres du conservateur; dans l'art. 2108, c'est de *transcription* qu'il s'agit. Il y est bien question aussi d'inscription, mais c'est d'une inscription à prendre d'office par le conservateur, et qui même n'est pas nécessaire à la conservation du privilége, comme nous l'allons voir tout à l'heure. (Voy. *infrà*, n° 268.) Ce qui conserve le privilége, c'est la transcription même de l'acte de vente, la transcription qui, en général, est faite par l'acquéreur, mais qui, d'après la déclaration formelle de la loi, vaut inscription pour le vendeur. C'est en cela, mais seulement en cela, que l'art. 2108, dans l'application spéciale qu'il fait du principe de la publicité, s'écarte, par exception, des termes et des conditions dans lesquels ce principe est posé par l'art. 2106.

Et ce n'est pas sans raison qu'il s'en écarte : c'est évidemment en vue du but vers lequel tendait le législateur. Ce but étant de pourvoir à ce que les créanciers aient réellement l'intégrité de leur gage et à ce qu'ils ne soient pas les victimes d'actes clandestins entre le vendeur et l'acquéreur (1), il est clair qu'il n'y avait pas de moyen plus sûr de l'atteindre que d'exiger la transcription du titre, puisque la transcription, qui constitue la mutation même par rapport aux tiers, leur fait connaître instantanément et du même coup tout ce qu'ils ont intérêt à savoir. La perfection du système eût été assurément de prendre pour règle et d'appliquer à tous les priviléges ce moyen qui, en dénonçant l'existence du privilége par le signe même de la transmission, donne à tous les droits une garantie si complète. Mais, nous l'avons dit déjà (*voy.* n° 254), les créances que la loi déclare privilégiées ne se déduisent pas toujours nettement du fait ou de l'acte où elles prennent naissance; il y a des incertitudes ou des éventualités dont le législateur ne pouvait pas, sans injustice, se dispenser de tenir compte, et en considération desquelles

(1) *Voy.* l'*Exposé des motifs* de M. Treilhard au Corps législatif (Fenet, t. XV p. 472).

il a dû laisser au créancier le temps de se reconnaître, ou de reconnaître son droit, et lui accorder un délai pour le rendre public. Le vendeur se trouve, sous ce rapport, dans une autre condition; pour lui, la créance se dégage, sans incertitudes ni éventualités, du contrat même de vente; et c'est pour cela que le législateur fait de la transcription du titre, c'est-à-dire de ce qui constitue la mutation par rapport aux tiers, de ce qui par conséquent donne au privilége sa raison d'être, l'élément de la publicité.

263. C'est aussi pour cela que, contrairement à une doctrine généralement reçue (1), nous n'admettrions pas que le vendeur pût suppléer à la transcription par une simple inscription, par une inscription directe qu'il prendrait sur l'immeuble par lui aliéné. On a dit, jusqu'ici, que l'inscription est le moyen normal, le moyen indiqué, en principe, pour attacher la publicité à un droit hypothécaire ou privilégié, et que la transcription ayant été admise dans l'intérêt du vendeur pour l'affranchir de formalités surabondantes, le vendeur est toujours libre de renoncer à cette faveur de la loi et de se placer sous le droit commun. Mais si tout cela a pu, jusqu'à un certain point, être admis avant la loi du 23 mars 1855, dans le système qui, en maintenant l'art. 2108, en avait fait une disposition isolée et tout à fait indépendante du principe dont elle était la conséquence, nous ne concevrions pas qu'on l'admît encore après cette loi qui a restauré le principe. Une inscription *par le vendeur* serait sans objet après la transcription, et avant, toute inscription est impossible. Comment donc le vendeur s'inscrirait-il? La vente n'existe pas au regard des tiers tant qu'elle n'est pas transcrite, et le vendeur reste propriétaire de l'immeuble. Le privilége n'a donc pas sa raison d'être, et d'ailleurs on ne prend pas inscription sur soi-même. La publicité du privilége, dans le système de la loi, est la publicité de la vente elle-même; et puisque la vente ne peut être rendue publique qu'à la condition de la transcription, il est clair que la théorie même de la loi ne permet plus aujourd'hui au vendeur de pourvoir à la conservation de son privilége par une inscription directe et de substituer cette inscription à la transcription.

264. Mais il a le moyen de la transcription, car il a qualité pour la requérir non moins que l'acquéreur lui-même. Sans doute, comme nous le disions tout à l'heure, la transcription est faite, en général, par l'acquéreur, et celui-ci a un intérêt si puissant à l'accomplissement de cette formalité, sans laquelle le contrat par lui passé avec le vendeur n'aurait pas la moindre solidité (voy. *suprà*, n° 261), que la négligence et le retard de sa part ne sont guère supposables. Mais enfin si, par une cause quelconque, il n'avisait pas, le vendeur pourrait prendre les devants, et requérir la transcription dont les effets seraient, soit au point de vue de la consolidation de la propriété, soit au point de vue de la conservation

(1) *Voy.* Cour de cass., 6 juill. 1807 et 6 mars 1811; Rennes, 21 août 1811; Castel-Sarrazin (jugement du 22 juill. 1850; Dev., 50, 2, 417). — *Voy.* aussi MM. Troplong (n° 285 *bis*), Mourlon (n° 237, à la note).

du privilége, les mêmes que si elle eût été requise par l'acquéreur (1).

265. Le privilége du vendeur se conserve donc par la transcription. Mais la transcription de quoi? La loi nous le dit en termes exprès, la transcription du titre *qui a transféré la propriété à l'acquéreur*, et qui constate que la totalité ou partie du prix est due au vendeur. C'est donc bien mal entendre la loi que de décider, comme l'a fait la Cour de Bruxelles, que, dans le cas de deux ventes successives d'un immeuble, la transcription faite par le second acquéreur de son contrat d'acquisition, conserve le privilége du premier vendeur qui n'a pas fait transcrire, si le deuxième contrat mentionne le premier et la créance du vendeur originaire (2). Evidemment, dans les termes comme dans l'esprit de la loi, le vendeur assure son privilége par la transcription de son propre contrat, et il ne saurait le maintenir par la transcription d'un contrat qui lui est étranger. La Cour de cassation a dit, en d'autres termes, mais avec une exactitude parfaite, « que le privilége du vendeur ne se conserve que par la transcription *du contrat d'où il résulte* et non par celle des contrats ultérieurs (3). » A la vérité, l'espèce dans laquelle est intervenu l'arrêt de la Cour de cassation différait de la précédente, en ce que la créance du premier vendeur n'était pas mentionnée dans le second contrat soumis à la transcription ni mise à la charge du second acquéreur; mais ceci n'est d'aucune considération. Ce qui domine toujours, c'est la disposition de la loi qui veut la transcription du titre même qui a transféré la propriété à l'acquéreur; et cela manque ici. La circonstance que le second contrat ne se borne pas à mentionner le premier, qu'en outre il relate la créance du vendeur originaire, ne saurait faire qu'il y ait transcription de ce contrat primitif lui-même, transcription dans les conditions déterminées par la loi et auxquelles la loi subordonne la conservation du privilége. Aussi la Cour de cassation, saisie de nouveau de la question dans la circonstance même dont nous parlons ici, n'a-t-elle pas hésité à confirmer sa doctrine et à l'étendre à ce cas particulier, en décidant que le privilége n'est pas conservé pour le premier vendeur, même quand il trouve la mention du prix à lui dû, dans la deuxième vente transcrite, par le second acquéreur. C'est, d'ailleurs, l'avis des auteurs et de la jurisprudence (4).

266. Mais on s'est demandé si la transcription du contrat lui-même conserverait le privilége du vendeur, dans le cas où ce contrat aurait été fait par acte sous seing privé entre le vendeur et l'acquéreur. La question s'était agitée déjà sous la loi de brumaire, et la négative avait prévalu dans une décision ministérielle du 25 nivôse an 8, d'après laquelle les actes sous seing privé, translatifs de propriété d'immeubles,

---

(1) *Voy.* MM. Dalloz (*loc. cit.*, § 3, n° 3), Troplong (n° 258).
(2) *Voy.* Bruxelles, 3 juin 1817 (Dall., périod., 2, 420).
(3) Rej., 14 janv. 1818. — *Voy.* conf. Montpellier, 9 juin 1853 (Dall., 54, 2, 173).
(4) *Voy.* Req., 20 avril 1845 (*J. P.*, 1847, t. II, p. 433). — *Voy.* conf. Rouen, 30 mai 1840 (Dall., 40, 2, 197). — *Voy.* aussi Delvincourt (t. III, p. 283), Grenier (t. II, n° 377), MM. Persil (art. 2108, n° 2, et quest., liv. 1, ch. 6, § 1), Dalloz (*loc. cit.*, n° 4), Troplong (n° 284).

ne devaient pas être transcrits sur les registres de la conservation des hypothèques, à moins qu'ils eussent été préalablement reconnus ou déclarés tels par un jugement. Les motifs de cette décision, reproduite dans une circulaire de la régie du 23 pluviôse an 8, étaient que la transcription de l'acte de vente transmettant à l'acquéreur, ainsi que le portait l'art. 26 de la loi de brumaire, le droit que le vendeur avait à la propriété de l'immeuble, il n'est pas à présumer que le législateur a entendu admettre à une formalité aussi importante par son effet des actes qui n'ont aucun caractère d'authenticité; que, d'ailleurs, il serait d'autant plus dangereux de les en revêtir que, au moyen d'une vente supposée, des gens de mauvaise foi, abusant de la confiance que cette formalité doit naturellement inspirer, pourraient se présenter comme propriétaires d'immeubles auxquels ils n'auraient aucun droit, et tromper ainsi ceux qui leur prêteraient sur la garantie de cette hypothèque; enfin, que de l'art. 29, combiné avec l'art. 3 de la loi de brumaire, résulte l'impossibilité d'admettre à la transcription les ventes d'immeubles sous seing privé non reconnues, puisque, en supposant cette formalité exécutée par un acte de cette nature, qui établirait une créance au profit du vendeur, il résulterait dans ce cas, du concours de ces deux dispositions, que le conservateur serait tenu, aux termes de l'art. 29, de faire sur le registre l'inscription de cette créance, tandis que l'art. 3 ne lui permettrait pas d'effectuer cette inscription, attendu que ce titre de créance n'aurait pas le degré d'authenticité qu'exige expressément cette disposition.

Sous l'empire du Code, et à l'origine, la question a été discutée également. Toutefois, en présence du texte qui avait consacré le principe translatif de la vente par le seul consentement (art. 1583), et surtout en présence de la doctrine qui, en isolant l'art. 2108, avait fait prévaloir ce principe même à l'égard des tiers, la décision ministérielle de l'an 8 ne pouvait pas se soutenir. Aussi le conseil d'Etat, ayant été consulté, fut d'avis que les actes de vente sous signature privée, et enregistrés, peuvent être présentés à la transcription, attendu « qu'aucune disposition ne s'oppose à ce que de tels actes soient transcrits sur les registres du conservateur des hypothèques; que cette transcription n'a d'autre effet que d'annoncer aux personnes intéressées que la propriété d'un immeuble a passé d'une main dans une autre, et qu'il n'y aurait pas de motif pour prohiber les annonces du changement qui se serait opéré par acte sous signature privée, quand il est permis d'aliéner de cette manière; qu'on ne peut tirer aucune induction contraire de ce que l'inscription à l'effet d'acquérir hypothèque ne peut avoir lieu que sur la vue d'une expédition authentique; qu'enfin, lors de la discussion du titre du Code civil sur les *Priviléges et hypothèques*, la question fut proposée au conseil d'Etat, et qu'il parut si évident qu'on pouvait transcrire un acte de vente sous seing privé dûment enregistré, qu'on jugea superflue une disposition pour le permettre (1). » La doctrine et la

(1) Avis du conseil d'Etat du 3 floréal an 13.

jurisprudence ont admis cet avis et n'ont pas cessé de le suivre (1). Au point de vue de l'interprétation de la loi, la solution est exacte évidemment, puisque enfin il n'y a pas de disposition qui exclue de la transcription les actes sous seing privé, et que la formalité pouvant leur être donnée en l'absence d'un texte qui le défende, il est naturel que la transcription produise son effet au profit du vendeur, c'est-à-dire qu'elle conserve le privilége. Et cela est vrai même depuis la loi du 23 mars 1855, qui a rétabli la transcription comme moyen de transmettre la propriété au regard des tiers, car il est constant, par la discussion dont la loi a été précédée, que l'intention du législateur a été de maintenir, sous ce rapport, l'état de choses qui s'était établi sur l'autorité de l'avis précité du Conseil d'Etat (2).

Mais, disons-le, comme point de législation, nous ne croyons pas que la solution qui a prévalu soit la meilleure. A notre avis, elle n'a été admise que parce que la question a été déplacée. On a supposé qu'il s'agissait de revenir sur la disposition du Code qui donne au seul consentement l'effet translatif dans les ventes, et d'annihiler cette disposition. La question se posait ainsi lors de la discussion préparatoire du Code dans la séance à laquelle fait allusion l'avis ci-dessus cité du Conseil d'Etat; on y voit qu'on se référait au titre *De la Vente*, et que, sans savoir encore ce qu'on ferait de la transcription et le caractère qui lui serait attribué, on disait que les ventes sous seing privé ayant été déclarées valables et translatives de la propriété, dans ce titre *De la Vente*, on ne pouvait plus, sans se mettre en opposition avec ce principe, déclarer que de tels actes ne seraient pas susceptibles d'être transcrits (3). Mais il s'agissait d'autre chose ici. Il s'agissait de l'intérêt des tiers, à l'égard desquels la propriété n'est plus consolidée définitivement, d'après la nouvelle loi, qu'au moyen de la transcription. Il s'agissait de savoir si, en présence de la transcription ainsi rétablie dans la loi, l'acte sous seing privé, toujours efficace d'ailleurs pour les parties entre elles et même pour leurs héritiers ou ayants-cause, pourrait être opposé aux tiers. Dans cet ordre d'idées, l'authenticité de l'acte nous aurait paru nécessaire; et, comme nous avons essayé de l'établir ailleurs par des considérations auxquelles ce n'est pas le cas de revenir ici (4), en dehors de cette authenticité, il est permis de dire que l'harmonie a cessé d'exister entre le principe de la loi et ses effets.

267. La transcription ne conserve le privilége, aux termes de notre article, qu'autant que le titre qui transfère la propriété à l'acquéreur constate que la totalité ou partie du prix est due au vendeur. C'est évident, et la proposition prise à la lettre serait véritablement une naïveté, puisqu'il ne saurait être question de privilége, ni par conséquent d'un droit de préférence à conserver, lorsque l'obligation de payer, qui in-

(1) *Voy.* Grenoble, 8 fév. 1810 ; Grenier (t. II, n° 386), Delvincourt (t. II, p. 283, notes), MM. Persil (art. 2108, n° 7), Dalloz (*loc. cit.*, n° 6), Troplong (n° 285 *bis*).
(2) *Voy.* notamment le rapport de M. de Belleyme.
(3) Fenet (t. XV, p. 385).
(4) Voy. *Revue critique de législation*, t. IV, p. 175 et suiv.

combe à l'acquéreur, est éteinte, soit par le payement, soit de toute autre manière. (*Voy. suprà*, n° 190.) Mais il se peut que le vendeur soit créancier de tout ou de partie de son prix, sans que le contrat le constate, ou sans que le chiffre réel de la créance soit déterminé. On voit tout de suite par là l'importance qu'il y avait à préciser.

Par exemple, Pierre a vendu à Paul un immeuble, et l'acte de vente porte quittance. Cependant un acte ultérieur passé entre Pierre et Paul constate que Pierre est toujours créancier de son prix, mais que Paul lui en a remis le montant en billets, avec stipulation même que, jusqu'à l'encaissement, Pierre garderait toutes ses garanties. Dans cette position, la transcription du contrat de vente n'assure pas de privilége à Pierre. Celui-ci aura beau dire qu'il est toujours créancier de son prix, que l'obligation première de Paul subsiste nonobstant la remise des billets (*voy. suprà*, n° 145); il n'importe : le privilége n'existera pas vis-à-vis des créanciers auxquels Paul aurait conféré des droits sur l'immeuble, parce que le titre translatif de la propriété ne constate pas que le prix soit dû (puisque, au contraire, le titre porte quittance), et qu'à défaut d'une telle constatation, que ne saurait suppléer la convention particulière intervenue après la vente entre l'acquéreur et le vendeur (*voy.* n° 190), les tiers n'ont pas dû supposer l'existence d'une créance privilégiée. Néanmoins, il résulte d'un arrêt de la Cour de cassation que lorsqu'un acte de vente sous seing privé, qui porte quittance du prix, a été déposé par l'acquéreur, qui a reconnu que le prix n'a pas été payé comptant, mais en billets, et qui a déclaré que pour sûreté du payement de ces billets il hypothèque l'immeuble vendu, et consent, au surplus, à ce que le vendeur conserve son privilége sur ledit immeuble, et lorsque d'ailleurs les actes ont été suivis de transcription, les créanciers de l'acquéreur sont mal fondés à contester le privilége du vendeur, sous prétexte que l'acte porte quittance (1). Mais l'arrêt ne contredit pas notre solution : il la confirme pleinement au contraire; car, dans l'espèce, ce qui avait été transcrit, ce n'est pas seulement l'acte de vente déposé chez le notaire, c'est encore l'acte de dépôt, constatant que le vendeur était resté créancier; en sorte que, par l'effet de cette transcription simultanée des deux actes, les tiers avaient pu être avertis aussi parfaitement que s'il n'y avait eu qu'un seul acte constatant la vente et la créance du prix.

Par exemple encore, le prix de vente, au lieu de consister en une somme d'argent, est stipulé en charges, en prestations dont le chiffre est indéterminé et ne peut pas être fixé : la transcription du contrat ne conserve pas non plus le privilége, parce qu'on ne peut pas dire que le prix dû au vendeur soit constaté lorsque le contrat en indique seulement les éléments plus ou moins éventuels. Dans une espèce où l'adjudicataire d'un domaine national cédait le tiers de ce domaine sans détermination de prix, mais uniquement avec cette stipulation que le cessionnaire ne pourrait ni aliéner ni vendre le tiers à lui cédé avant que

(1) Req., 4 déc. 1823.

les cédules souscrites à la nation par le cédant fussent entièrement acquittées, la Cour de Bruxelles a décidé que la transcription d'un tel contrat ne vaut pas inscription pour le vendeur, et n'a pas pour effet de conserver le privilége, « attendu que la cession n'exprime aucun prix déterminé à payer par le cessionnaire; qu'au contraire, elle laisse à douter si ce cessionnaire sera tenu de suite à aucun prix envers le cédant, d'où résulte que le conservateur n'ayant pu faire aucune inscription d'office, le vendeur doit s'imputer de n'avoir fait aucune réserve dans l'acte de cession (1)... » La décision, à notre avis, est parfaitement juridique. Cependant, il y faut prendre garde. Le point essentiel est que les tiers soient avertis de manière à ce qu'il n'y ait pas de surprise possible. Aussi pensons-nous que si l'acte transcrit revèle les charges avec des indications telles que les tiers ne puissent pas s'y tromper, le vœu de la loi sera rempli, et la transcription devra être considérée comme faite dans les conditions voulues pour la conservation du privilége. Nous trouvons une application de la loi en ce sens dans un arrêt récent par lequel la Cour de cassation décide que lorsque, après partage d'un terrain desséché, avec obligation pour chaque copartageant de demeurer assujetti aux charges communes affectant les immeubles compris au partage, telles qu'indemnités pour éviction, réparations d'entretien et frais de gestion, l'un des copartageants vend son lot et stipule que les indemnités auxquelles il pourrait être tenu en vertu du partage seront supportées par l'acquéreur, en dehors de son prix, la transcription du contrat conserve le privilége non-seulement pour le prix stipulé en argent, mais encore pour le montant des charges dont la liquidation a été faite ultérieurement (2). Il y avait, dans l'espèce, cette circonstance particulière que la vente, qui avait eu lieu par adjudication, avait été préparée par un cahier des charges exprimant nettement la provenance du terrain mis en adjudication et les charges que l'adjudicataire éventuel aurait à supporter, avec indication des actes et jugements d'où dérivaient ces charges; en sorte que la vente ou le jugement d'adjudication ayant été ensuite transcrits avec toutes ces indications, il est vrai de dire que les tiers avaient été avertis, sinon aussi complétement que si les charges éventuelles au moment de la transcription eussent été liquidées, du moins de manière à être tenus en garde et à apprécier sainement la garantie que pouvait leur offrir l'immeuble grevé en première ligne du privilége du vendeur.

268. *De l'inscription d'office.* — C'est ici la seconde mesure, la formalité complémentaire indiquée par l'art. 2108. La loi veut que, indépendamment de la formalité dont nous venons de parler, de la formalité essentielle qui rend le privilége public par la relation du contrat d'où il résulte sur le registre des transcriptions, il y ait aussi sur le registre des inscriptions une mention expresse de ce privilége : elle y pourvoit en imposant au conservateur l'obligation de faire d'office l'in-

(1) Bruxelles, 17 mars 1806.
(2) Req., 12 juin 1855 (Dalloz, 55, 1, 314).

scription sur son registre de la créance résultant, en faveur du vendeur, de l'acte translatif de propriété. En ceci encore, la pensée première des rédacteurs de la loi, celle du moins des auteurs du projet proposé par opposition à l'idée de restaurer l'édit de 1771 (voy. *suprà*, p. 237), fut de reproduire le système de la loi de brumaire; mais le débat conduisit à une modification. Le projet disait, en effet, dans son art. 17 : « Le vendeur privilégié conserve son privilége par la transcription du titre qui a transféré la propriété à l'acquéreur, et qui constate que la totalité ou partie du prix lui est due; *à l'effet de quoi* le conservateur fait d'office l'inscription sur son registre des créances non encore inscrites qui résultent de ce titre (1)... » C'était la reproduction littérale de l'art. 29 de la loi de brumaire, sauf un mot (le mot *vendeur* substitué à ceux-ci *précédent propriétaire*); et, par cela même, la disposition indiquait, comme cela était admis sous la loi de brumaire, que la conservation du privilége était liée à cette inscription d'office, que le sort de la créance dépendait de l'exactitude du conservateur et de la régularité qu'il mettrait dans l'accomplissement de la formalité. C'est cette conséquence excessive qu'on ne voulut pas admettre au Conseil d'Etat. Les procès-verbaux sont très-précis à cet égard. « Le consul Cambacérès, y lit-on, trouve les dispositions de l'art. 17 fort sages. Il voudrait cependant *que l'effet ne dépendît pas de l'exactitude du conservateur*. Il est utile de faire inscrire la créance du vendeur, afin que chacun sache que l'immeuble est grevé, et qu'il n'y ait pas de surprise : quand la transcription atteste que le prix n'a pas été payé en entier, le public est suffisamment averti; ni les acquéreurs, ni les prêteurs, ne peuvent plus être trompés. Toute inscription particulière devient donc inutile, *et il n'y a pas de motif d'en faire une condition qui expose la créance du vendeur si le conservateur est négligent*. On répondra que le vendeur peut veiller à ce que l'inscription soit faite. Mais pourquoi l'exposer à une chance qu'on peut sans inconvénient lui épargner? — M. Treilhard propose de déclarer *que la transcription vaudra inscription* pour la partie du prix qui n'aurait pas été payée. — M. Jollivet demande que néanmoins, *afin que le registre des inscriptions soit complet*, la loi oblige le conservateur d'y porter la créance du vendeur, *sans cependant que l'omission de cette formalité nuise à la conservation du privilége*. — L'article est adopté avec ces amendements (2). » Et, en effet, ces amendements se reflètent dans une rédaction qui donne à l'art. 2108 la signification indiquée dans la discussion, et renferme chacune des parties de cet article dans son objet précis. Ainsi, la première, celle que nous venons de commenter, formule l'idée de M. Treilhard, à savoir que la *transcription vaut inscription*, et, en répondant par là au principe de l'art. 2106 d'après lequel le privilége produit son effet entre créanciers par l'*inscription*, cette partie de l'article revient à dire que la transcription qui, pour le vendeur, vaut inscription, suffit à elle seule

(1) Fenet (t. XV, p. 331), Locré (t. XVI, p. 227).
(2) *Voy*. Locré (t. XVI, p. 247, 248), Fenet (t. XV, p. 358).

pour conserver le privilége et lui donner effet. Puis la seconde partie, celle qui nous reste à expliquer, exprime que *néanmoins* (c'est-à-dire bien que la créance du vendeur soit complétement assurée par la transcription) le conservateur sera tenu de faire d'office l'inscription de la créance sur son registre, et en sera tenu sous peine de tous dommages-intérêts *envers les tiers* (et non *envers le vendeur*), ce qui implique bien cette idée, mise toujours en avant dans la discussion de l'article, qu'ici l'intérêt du vendeur est hors de cause, et que l'inscription dont il s'agit, requise par mesure d'ordre, *pour que le registre des transcriptions soit complet* (selon l'expression de M. Jollivet), a pour but, pour objet unique, l'intérêt des tiers. Cette inscription d'office donnera aux tiers des renseignements plus précis que la transcription ne peut le faire, en ce qu'elle doit résumer et mettre en lumière les parties essentielles à connaître de l'acte de vente, les créances qui en résultent, les conditions, les modalités, toutes choses qui, dans l'acte transcrit, peuvent être obscurcies, et à tout le moins difficiles à rechercher dans une rédaction plus ou moins compliquée. En ce sens, l'inscription d'office, quoique inutile pour la conservation du privilége, ajoute néanmoins à sa publicité.

269. Il faut le reconnaître cependant, quelque complet que puisse être supposé le registre des inscriptions, ce serait un danger pour les tiers de s'y confier absolument. D'abord, les inscriptions, quoique portées au registre qui leur est propre, peuvent n'être pas exactes; ensuite, tel registre qui était complet il y a dix ans ne le sera plus aujourd'hui si l'inscription n'a pas été renouvelée (nous examinerons tout à l'heure le point de savoir si l'inscription d'office est sujette au renouvellement décennal); enfin, ce n'est pas par l'inscription d'office, c'est exclusivement par la transcription, nous venons de le voir, que le vendeur conserve son privilége. Que conclure de là? Évidemment que les tiers qui, en faisant un placement, voudront s'assurer la garantie d'une hypothèque, devront nécessairement lever deux états, l'un du registre des transcriptions pour le privilége du vendeur, l'autre du registre des inscriptions pour les autres priviléges et pour les hypothèques. Cette nécessité fournira inévitablement aux praticiens une objection qui, si l'administration de l'enregistrement persiste dans les mesures qu'elle a prises, ne serait pas sans quelque apparence de raison, contre l'idée que la transcription à elle seule, indépendamment de l'inscription d'office, suffit à la manifestation du privilége. Une double recherche, diront-ils, crée en elle-même des entraves, des complications et de graves difficultés. Ceci est un indice déjà contre l'interprétation qu'on fait de la loi dont la pensée a été de rendre tout clair et tout facile. Mais il y a quelque chose de plus, c'est que l'administration de l'enregistrement, par ses exigences, conduit en quelque sorte à une impossibilité. En effet, prenant texte de l'art. 2106 du Code Napoléon, elle avait prescrit aux conservateurs, par ses anciennes instructions, et elle leur prescrit encore par l'instruction nouvelle du 24 novembre 1855, rédigée en vue de l'exécution de la loi récente sur la transcription, de délivrer à qui

veut connaître les transcriptions, non pas un extrait, mais une *copie entière* des actes transcrits. Or cela implique une telle avance de frais qu'il en réulte un obstacle véritable. Et cet obstacle devient insurmontable à peu près si, même sans exagérer les suppositions, on imagine des situations compliquées par des changements successifs dans la propriété. Ainsi, Pierre achète un domaine et fait transcrire le 1er janvier 1856; puis, le 1er janvier 1857, il veut contracter un emprunt. Sans doute, s'il est resté propriétaire du domaine, la situation sera toute simple; un certificat négatif de transcription suffira pour la garantie du prêteur : mais s'il n'a conservé qu'une partie du domaine, s'il l'a morcelé et en a vendu partie, par parcelles, à huit, dix, douze acquéreurs, ou à un plus grand nombre encore, voilà que le prêteur va être obligé de se faire délivrer la copie des huit, dix, douze contrats, ou plus encore, et cela uniquement pour savoir ce qui reste de la propriété à l'emprunteur! La loi, dans ces termes, est-elle exécutable? Se peut-il qu'elle ait voulu obliger à cette dépense énorme de frais? Et ne faut-il pas reconnaître qu'en prescrivant une inscription d'office, précisément dans l'intérêt des tiers, elle a entendu renvoyer les tiers au registre des inscriptions pour y chercher la manifestation du privilége, en même temps que celle des autres charges qui peuvent grever la propriété du débiteur?

A ceci il faut répondre qu'il y a, à la fois, du faux et du vrai dans l'objection. Ce qui est faux, c'est qu'à aucune époque le législateur ait entendu qu'il suffirait de rechercher le privilége du vendeur sur le seul registre des inscriptions. La discussion de l'art. 2108, telle que nous l'avons reproduite plus haut, et toute la discussion de la loi dans les parties qui se rattachent à ce point particulier, ne laissent aucun doute sur cette idée que la transcription à elle seule conserve le privilége; la discussion suppose donc par cela même que, dans la pensée des rédacteurs de la loi, les tiers seraient obligés à une double recherche, l'une dans le registre des transcriptions pour le privilége du vendeur, l'autre dans le registre des inscriptions pour les autres priviléges et pour les hypothèques. Aujourd'hui, après la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, cette double recherche est plus que jamais une nécessité.

Mais cette recherche peut être facilitée et simplifiée : c'est en ceci qu'il y a du vrai dans l'objection. Toutefois ce qu'elle a de fondé va moins contre la loi elle-même qui, bien entendue, se prête à toutes les simplifications désirables, que contre l'interprétation extensive dont elle a été l'objet de la part de l'administration. La loi, en effet, celle notamment qui nous régit désormais, celle du 23 mars 1855, a des précédents dont l'administration n'a pas suffisamment tenu compte, et qui, exactement appréciés, l'eussent rendue moins sévère dans ses exigences. Dans son projet primitif, la loi de 1855 contenait un article 3 dont les dispositions avaient, précisément au point de vue qui nous occupe, la plus haute importance. Cet article exprimait que pour opérer la transcription, une copie entière de l'acte ou du jugement serait déposée au bureau de la conservation des hypothèques. Puis il exigeait que la copie fût signée par le notaire si l'acte était authentique, par la partie qui re-

quérait la transcription si l'acte était sous seing privé et s'il s'agissait d'un jugement par l'avoué. Ensuite il imposait au conservateur l'obligation de donner récépissé au déposant, de classer les copies par ordre de dates, et *de transcrire par extrait sur un registre à ce destiné* les nom, prénoms et domicile des parties, la date de l'acte ou du jugement, la nature et la situation de l'immeuble, la nature des droits transmis ou reconnus par l'acte ou le jugement, le jour et l'heure du dépôt. Enfin, l'article ajoutait qu'un règlement d'administration publique déterminerait les mesures à prendre pour l'exécution. A côté de cet article, qui, selon nous, réalisait, par le dépôt des copies, une amélioration par rapport au système de la publicité par la transcription de l'acte (1), venait, dans le projet, un autre article qui subsiste encore dans la loi, où il porte le n° 5, et aux termes duquel « le conservateur, lorsqu'il en est requis, délivre, sous sa responsabilité, l'état spécial ou général des transcriptions et mentions prescrites par les articles précédents. » Or il résultait invinciblement de la combinaison de ces textes que les tiers pouvaient se faire délivrer l'état par extraits, tels qu'ils devaient être faits et portés par le conservateur sur le registre dont il était question à l'art. 3; et il est évident que ce même droit, les tiers l'auraient encore si les deux articles coexistaient dans la loi. Mais l'art. 3 a été supprimé; l'art. 5 est resté seul. Est-ce que les rédacteurs de la loi auraient abandonné la pensée des extraits? Auraient-ils voulu dire que, désormais, les tiers auxquels un extrait de l'acte pourrait suffire, et auxquels suffiront presque dans tous les cas les énonciations qui étaient indiquées par l'art. 3, seront néanmoins tenus de prendre *la copie entière* de l'acte? En aucune façon. On a substitué la transcription au dépôt des copies uniquement parce que le mode a paru meilleur pour rendre le privilége public, et nullement pour exclure la faculté de demander et d'obtenir la délivrance par le conservateur d'états par extraits. Ceci est évident par la discussion même qui a eu lieu au Corps législatif. A la séance du 13 janvier 1855, M. Duclos, mettant en lumière les inconvénients résultant du système de l'administration, faisait un retour vers cet article 3 qui avait été supprimé, et il disait expressément que, au moyen du registre dont il était question dans cet article, les tiers auxquels suffirait une connaissance sommaire des transcriptions pourraient demander un état de ces inscriptions d'office. « Si leurs relations d'affaires avec l'ancien propriétaire de l'immeuble, ajoutait M. Duclos, sont telles qu'ils aient besoin de connaître, dans son entier, l'acte qui a été transcrit, ils en demanderaient une copie au conservateur. Mais, au moins, l'état qu'ils auraient levé de ces inscriptions d'office leur permettrait de désigner, d'indiquer l'acte dont ils ont besoin. Sous ce rapport donc, l'article du projet du Gouvernement, qui prescrivait au conservateur de faire les inscriptions d'office sous forme d'extrait et sur un registre spécial, répondait à un besoin sérieux. *Nous n'avons pas entendu proscrire ce mode d'exécution*. Au moins, en ce qui me concerne, je n'ai pas ainsi compris

(1) *Voy*. ce que nous en avons dit dans la *Revue critique* (t. IV, p. 173).

la suppression de l'art. 3 (M. Duclos était membre de la commission). Le rapport qui vous est soumis pouvait présenter, à cause de son laconisme, quelques doutes à ce sujet. J'ai voulu les indiquer, afin qu'ils fussent levés par la discussion. J'aurais préféré que ce principe important fût posé dans la loi. Il n'y est pas; je ne veux pas en faire un motif de rejet pour cette loi, mais je demande au moins que cette formalité d'un extrait, sous forme d'inscription d'office sur un registre spécial, soit prescrite par le règlement d'administration publique, qui sera fait pour l'exécution de la loi. Sans cela, les tiers ne pourront jamais connaître l'état véritable des transcriptions et de la propriété. » Pas une voix ne s'est élevée contre ces justes observations : il en faut conclure que, dans la pensée des rédacteurs de la loi, les exigences de l'administration de l'enregistrement ne sont pas justifiées. Du reste, elles ne sont pas non plus universellement satisfaites. Plus d'un conservateur aujourd'hui fait, pour les transcriptions, ce qu'il fait journellement, dans sa pratique, pour les inscriptions d'office, pour les transcriptions de saisie, lorsqu'un état des saisies lui est demandé : il procède par voie d'extrait pour les transcriptions ou délivre des certificats de transcription. L'administration elle-même semble moins impérieuse qu'elle ne l'était dans ses premières instructions; celle du 24 novembre 1855, que nous avons citée tout à l'heure, n'est pas conçue, il s'en faut, en termes aussi absolus que celles auxquelles elle est venue s'ajouter; et peut-être que si elle n'arrive pas jusqu'à autoriser franchement les états par extraits, c'est moins parce qu'elle regarde cette forme comme contraire à la loi, que parce que, prévoyant la possibilité de négligences ou d'erreurs dans l'exécution, elle ne veut pas que ces erreurs ou ces négligences puissent lui être imputées, même d'une manière indirecte. Quoi qu'il en soit, la forme est régulière. C'est tout ce que nous voulions établir. Cela suffit, en effet, pour répondre à l'objection que nous avons prévue et pour démontrer que la nécessité pour les tiers de lever deux états, et même, suivant l'hypothèse, trois états, en y comprenant celui des mentions prescrites par l'art. 4 de la loi du 23 mars 1855, n'altère en rien le caractère de la loi et ne fait pas qu'en définitive l'inscription d'office ne soit une affaire d'ordre absolument indifférente pour le vendeur dont le privilége se manifeste et se conserve exclusivement par la transcription.

270. De là une conséquence : c'est qu'au point de vue du droit de préférence, le seul dont nous nous occupions ici (le lecteur ne doit pas l'oublier), les prescriptions de la loi relativement à l'inscription d'office ne doivent ni profiter au vendeur ni lui préjudicier.

Ainsi, s'il était possible d'admettre que le conservateur, suppléant aux lacunes de l'acte transcrit, fît, dans son inscription d'office, l'évaluation de la créance résultant de l'acte de vente, laquelle y serait indéterminée, il faudrait dire que le vendeur ne pourrait pas se prévaloir de l'inscription d'office, en vue du privilége que la transcription, avec les lacunes que nous supposons, ne lui conserverait pas. (Voy. *suprà*, n° 267.) A plus forte raison l'inscription d'office ne devrait-elle pas

profiter au vendeur, si elle avait été faite par le conservateur hors des termes posés par l'art. 2108. Nous citerons, à ce propos, l'espèce suivante qui s'est présentée devant la Cour de Poitiers. Au mois de février 1823, une maison était vendue à deux époux par le propriétaire, qui exigea, indépendamment du privilége résultant en sa faveur du contrat de vente, une hypothèque conventionnelle sur d'autres immeubles appartenant aux acquéreurs. L'acte ayant été transcrit, le conservateur imagina que l'inscription d'office devait embrasser et le privilége résultant du contrat de vente, et l'hypothèque conventionnelle consentie, par supplément de garantie, au vendeur. L'inscription d'office fut faite ainsi, et, de son côté, le vendeur, se croyant sans doute en mesure, négligea de prendre inscription pour son hypothèque conventionnelle. Mais les immeubles ayant été vendus, les créanciers inscrits qui s'en disputaient le prix ne manquèrent pas, on le pense bien, d'opposer les art. 2134 et 2148 à ce vendeur imprévoyant quand il voulut prendre aussi sa part du gage; et la Cour ne manqua pas non plus de juger, comme cela devait être, que le créancier, soit par lui-même, soit par un tiers qu'il en a spécialement chargé, peut seul, en remplissant les formalités prescrites par les articles précités, requérir et prendre inscription pour l'hypothèque conventionnelle à lui conférée, et que si le conservateur est tenu, aux termes de l'art. 2108, de faire d'office sur son registre l'inscription de la créance privilégiée résultant d'un contrat de vente, il est certain du moins que ni cet article, ni aucun autre, ne lui donnent le pouvoir de prendre, pour une hypothèque conventionnelle, même quand elle est consentie dans un acte de vente et au profit du vendeur, une inscription dont celui-ci puisse se prévaloir contre les autres créanciers inscrits sur l'immeuble affecté (1).

Mais, si l'inscription d'office ne profite pas au vendeur, par contre et par une juste réciprocité, la formalité ne pourra pas non plus lui préjudicier. Ainsi, le conservateur omettrait de faire l'inscription d'office; ou bien, en la prenant, il laisserait des inexactitudes se glisser dans les énonciations, il inscrirait une créance de 10,000 fr. quand elle est de 20,000, il désignerait sous un seul prénom le débiteur qui en aurait deux, rien de cela ne saurait nuire au vendeur; son droit de préférence n'en souffrirait pas la moindre atteinte : car, pour lui, la transcription vaut inscription; elle suffit à elle seule pour la conservation du privilége (2).

271. C'est donc pour les tiers et dans leur intérêt uniquement que la seconde partie de l'art. 2108 est écrite; c'est pour eux et en vue d'une sûreté plus grande que le conservateur est obligé à prendre une inscription d'office : aussi est-ce vis-à-vis des tiers seulement, et non vis-à-

(1) *Voy*. Cour de Poitiers, 1er juill. 1831. — La Cour de cassation a jugé cependant, en sens contraire, que le conservateur peut prendre, dans l'intérêt d'un créancier et sans réquisition de sa part, une inscription pour la conservation d'une hypothèque conventionnelle. Rej., 13 juill. 1841 (Dall., 41, 1, 295). Mais *voy*., sur ce point, notre commentaire de l'art. 2148.

(2) *Voy*. Paris, 31 août 1810; Bruxelles, 28 mai 1816.

vis du vendeur, que le conservateur engagerait sa responsabilité, s'il négligeait d'accomplir la formalité, ou s'il l'accomplissait d'une manière irrégulière. C'est la disposition expresse de la loi. Là-dessus, M. Troplong fait remarquer que le tiers qui, voulant s'assurer de la position de son débiteur, n'aurait consulté que le registre des inscriptions, sans consulter aussi le registre des transcriptions, aurait fait une faute de nature à diminuer beaucoup la responsabilité du conservateur, en cas que celui-ci eût omis l'inscription d'office du vendeur (1). Nous ne croyons pas que telle ait été la pensée de la loi. Bien qu'elle ait supposé, comme nous le disions tout à l'heure, que les tiers auraient à faire des recherches tant sur le registre des transcriptions que sur celui des inscriptions, elle n'en a pas moins prescrit cette formalité complémentaire en vue précisément d'aviser à un moyen, non-seulement de rendre plus précise et plus complète la manifestation du privilége du vendeur, mais encore d'arriver à constituer un registre dans lequel se trouveraient énumérées dans leur ensemble toutes les charges dont la propriété peut être grevée. Il faut donc que le registre soit régulièrement tenu; il faut, autant que cela peut dépendre du conservateur, qu'il soit complet : à ces conditions seulement il aura l'utilité qui a été dans les vues de la loi. Les irrégularités, les omissions, sont imputables au conservateur; il y a là un tort que ne couvre pas assurément la négligence de celui qui, se fiant à un registre qu'il doit croire complet, se dispense de recourir à un autre registre. Ainsi, Pierre a prêté 20,000 fr. après avoir consulté le registre des inscriptions, où il n'a vu nulle trace de privilége ou d'hypothèque grevant les immeubles de l'emprunteur, ou bien où il n'a vu d'autre mention que celle d'un privilége de vendeur affectant, jusqu'à concurrence de 20,000 fr. restant dus, ces immeubles qui en valent 50,000. Pierre inscrit son hypothèque, et puis, quand il croit se faire payer par préférence sur le prix de ces immeubles dont son débiteur a été exproprié, le vendeur survient avec une créance de 40,000 fr., et, en vertu de la transcription de son contrat, il prime Pierre et prend presque en totalité le prix sur lequel ce dernier avait dû compter. Est-ce qu'en un tel cas le conservateur serait fondé et bien venu à dire à ce créancier évincé : « Vous perdez votre gage, c'est vrai; mais tant pis pour vous! il fallait avoir le soin d'aller au registre des transcriptions? » Non, évidemment. Si ce registre n'a pas été consulté, c'est peut-être à cause de la lacune ou de l'irrégularité qui s'est trouvée dans celui des inscriptions. Est-ce que ce dernier registre n'avait pas pu donner à penser par son silence que les immeubles du débiteur étaient libres, ou bien n'avait-il pas indiqué que le privilége de vendeur dont ils étaient grevés garantissait une somme de 20,000 fr. seulement? Et Pierre n'a-t-il pas pu croire que le registre des transcriptions ne lui en dirait pas davantage? Si Pierre avait besoin de faire excuser sa négligence, ceci serait une excuse pour lui, et d'autant plus sérieuse qu'en définitive l'erreur dans laquelle il est tombé et

(1) *Voy.* M. Troplong (n° 286).

le préjudice qu'il en souffre ont eu leur principe et leur cause dans l'inobservation de formalités prescrites par la loi précisément dans l'intérêt des tiers, pour les éclairer et les tenir en garde contre les surprises. Quoi qu'il en soit, il y a tort et faute grave, par le conservateur, à ne pas faire ou à faire irrégulièrement l'inscription d'office que la loi lui prescrit de prendre; la négligence des tiers, encore une fois, ne saurait couvrir cette faute, ni, par conséquent, affranchir le conservateur de la responsabilité qu'elle engage.

272. Le payement justifié par acte authentique (1), ou la renonciation par le vendeur, dans l'acte même, au privilége et à l'action résolutoire, pourraient seuls dispenser le conservateur de faire l'inscription d'office. Tous les auteurs enseignent, à ce propos, que ni l'échéance, au moment où la transcription est requise, du terme fixé pour le payement du prix, ni le consentement du vendeur, ne peuvent dispenser le conservateur de l'obligation de prendre inscription (2). C'est évident, puisque, d'une part, l'échéance du terme, si elle fait présumer le payement, n'en est pas cependant la preuve suffisante; puisque, d'une autre part, l'inscription d'office étant prescrite dans l'intérêt des tiers, il ne saurait appartenir au vendeur, en tant que son privilége subsiste, de dispenser de la faire. Donc le conservateur qui, dans les circonstances données, aurait omis de prendre l'inscription d'office, ne trouverait pas non plus une excuse dans les faits supposés; la faute subsisterait, et avec elle la responsabilité qui en est la conséquence. — Par identité de raison, il faut dire que les irrégularités dont l'inscription pourrait être entachée, en tant que ces irrégularités porteraient sur des points essentiels, engageraient la responsabilité du conservateur, nonobstant le silence de la loi sur la forme en laquelle l'inscription doit être faite (3). Il est clair que c'est la forme des inscriptions ordinaires qui doit être suivie, précisément parce que la loi n'en indique pas une autre qui soit particulière à l'inscription d'office : le conservateur n'a donc aucune raison de ne pas la suivre, et il ne serait pas excusable de ne l'avoir pas suivie, du moins quant aux indications essentielles, sans lesquelles l'inscription d'office serait une formalité purement illusoire. — Il y a ceci à noter sur ce point, que l'élection de domicile, qui est une des conditions imposées au créancier dans les inscriptions ordinaires (art. 2148, 1°), n'est pas nécessaire pour les inscriptions d'office dans lesquelles même elle n'aurait pas d'objet, puisqu'elle ne lierait pas les tiers. En effet, il a été décidé que lorsqu'il y a eu domicile élu pour le vendeur par le conservateur, dans son bureau, c'est au domicile réel, et non au domicile élu, que le vendeur doit être sommé de produire dans un ordre ultérieurement ouvert (4). Et c'est de toute justice, car l'élec-

(1) Lettre des ministres de la justice et des finances des 30 avril et 7 mai 1811.

(2) *Voy*. Delvincourt (t. III, p. 285, notes), MM. Persil (art. 2108, n°° 13 et 14), Dalloz (*loc. cit.*, n° 12). — *Voy*. aussi Dijon, 17 juill. 1839.

(3) *Voy*. Favard (v° Priv., sect. 4, n° 5), M. Persil (*loc. cit.*, n° 21, et *Quest.*, ch. 6, §§ 5 et 6).

(4) *Voy*. Rennes, 28 juin 1823.

tion de domicile faite par le conservateur est ignorée du vendeur ; et, d'un autre côté, le conservateur lui-même ne peut se tenir au courant des changements de domicile, en sorte qu'il ne saurait, dans nombre de cas, où adresser les notifications qui seraient faites au domicile par lui élu.

273. La loi ne fixe aucun délai dans lequel l'inscription d'office doive être faite. Mais, ici encore, le but que s'est proposé le législateur, l'intérêt qu'il a eu en vue de protéger, suppléent aisément au silence du texte. Il faut que les tiers soient assurés contre toute surprise, et ils pourraient ne pas l'être, s'il dépendait du conservateur d'ajourner à sa guise l'accomplissement de la formalité. Par exemple, je vends aujourd'hui ma maison à Pierre, qui aussitôt fait transcrire le contrat. Cinq, six mois, un an après cela, l'inscription d'office n'est pas faite encore, et Joseph, qui a prêté à Pierre, mon acquéreur, prend une inscription pour sa créance. Certainement, dans ce cas, le conservateur sera responsable et passible de dommages-intérêts, dans la mesure où l'exercice de mon privilége préjudiciera à Joseph. Il exciperait en vain du silence de la loi ; il dirait inutilement qu'aucun délai n'ayant été fixé pour l'inscription d'office, il avait toute latitude pour la faire : la raison même des choses l'avertit suffisamment que l'inscription a dû suivre immédiatement la transcription, et être faite aussitôt après que le contrat de vente a été transcrit (1).

274. Il y a eu beaucoup plus de difficulté sur le point de savoir si l'inscription est soumise à la règle du renouvellement décennal posée dans l'art. 2154, et si la conservation du privilége est subordonnée au renouvellement de l'inscription. Sur ce point, nous trouvons quelques arrêts absolus, desquels il résulte non-seulement que l'inscription doit être renouvelée, mais encore que le privilége est éteint, à défaut de renouvellement (2). Mais la doctrine et la jurisprudence dominantes avaient été moins absolues. Ainsi, en s'appuyant sur les termes d'un avis du Conseil d'Etat, du 22 janvier 1808, et aussi sur ceux de notre art. 2108, on avait dit que l'inscription d'office doit être renouvelée dans les dix ans, sinon par les soins du conservateur, au moins à la diligence du vendeur lui-même ; on avait ajouté que le renouvellement est nécessaire, quand même le conservateur aurait négligé de prendre originairement inscription, et quand même le privilége du vendeur n'aurait été conservé que par la transcription, attendu que la transcription *ne vaut que comme inscription*, d'après l'art. 2108, et qu'elle vaudrait davantage, si le bénéfice qu'elle procure n'était pas soumis à la prescription de dix ans. Mais, ceci posé, on avait admis que le privilége n'était pas éteint par la prescription, et que le vendeur pouvait, tant que l'immeuble n'était pas sorti des mains de l'acquéreur, et, en cas de revente par celui-ci, dans la quinzaine de la transcription (Code de

(1) *Voy.* MM. Persil (art. 2108, n° 10), Dalloz (*loc. cit.*, n° 14), Troplong (n° 286).
(2) *Voy.* Bruxelles, 16 avril 1823 ; Liége, 20 déc. 1823 ; Req., 27 avril 1826 ; Toulouse, 23 mars 1820 ; Aix, 27 juill. 1846 (Dev., 46, 2, 443). — *Voy.* encore Cass., 20 déc. 1831.

procédure, art. 834), prendre une inscription nouvelle, qui conservait son privilége à la date de la vente (1).

Après tout ce que nous venons de dire sur le privilége du vendeur, on comprendra que nous n'admettions ni l'une ni l'autre solution. Elles étaient la conséquence plus ou moins exagérée, ou même une application du système qui, en maintenant l'art. 2108 nonobstant la suppression de la transcription translative, exigeait une inscription pour que le vendeur conservât son privilége, sauf le droit qu'il avait de la prendre tant que la propriété n'était pas purgée, c'est-à-dire jusqu'à l'aliénation par l'acquéreur, et même, sous l'empire de l'art. 834 du Code de procédure, après l'aliénation et dans les quinze jours de la transcription. Nous avons montré ce qu'il y aurait aujourd'hui de peu fondé dans cette doctrine (*suprà*, n° 263) : nous n'y revenons pas. Ajoutons seulement, au point de vue de cette application particulière, qu'elle est en opposition manifeste avec la discussion qui a précédé le vote définitif de l'art. 2108 du Code Napoléon, et que maintenant surtout elle doit d'autant plus être rejetée, qu'après l'abrogation de l'art. 834 du Code de procédure par la loi du 23 mars 1855 la transcription arrête le cours des inscriptions, sauf pour le vendeur les quarante-cinq jours de répit à partir de son propre contrat.

La transcription, à elle seule et sans le secours d'aucune inscription, conserve au vendeur, créancier de tout ou partie de son prix, son droit de préférence vis-à-vis des créanciers inscrits du chef de l'acquéreur. Cela ressort avec évidence de la discussion à laquelle nous faisions allusion, et ni l'avis du Conseil d'Etat du 22 janvier 1808, ni les termes de notre article, n'y viennent contredire. Evidemment, c'est équivoquer sur les mots que s'arrêter à cette mention de l'art. 2108, que la *transcription vaut inscription*, pour en conclure que la transcription est soumise à la règle du renouvellement, sans quoi elle vaudrait plus que l'inscription. La loi se borne là à comparer deux formalités au point de vue de l'effet commun qu'elles produisent, mais elle laisse à chacune d'elles le caractère qui lui est propre, et n'étend pas la règle de l'art. 2154, qui prescrit le renouvellement, à la transcription dont cet article ne parle pas, et dont il n'avait pas à parler, puisque la transcription une fois faite n'a pas à être renouvelée. Si telle n'eût pas été la pensée de la loi, si notamment elle n'eût pas entendu que la transcription aurait un effet plus étendu que l'inscription pour conserver le droit de préférence attribué au vendeur, comment comprendrait-on que ses rédacteurs eussent insisté, comme ils l'ont fait, pour préciser que la conservation du privilége *serait indépendante de l'inscription d'office;* que l'omission de cette inscription ne nuirait pas à ce droit; que la formalité est absolument étrangère au vendeur et n'a d'autre intérêt que celui de tenir complet le registre des inscriptions, pour que les tiers y

(1) *Voy*. Paris, 24 mars 1817, 7 déc. 1831, 20 fév. 1834, 8 mars 1843; Rej., 23 déc. 1845 (Dall., 44, 2, 1; 46, 1, 380); Trib. de la Seine, 9 fév. et 5 mars 1831. — *Voy*. encore Favard (v° Priv., sect. 4, n° 6), MM. Persil (*Quest.*, ch. 6, § 7), Dalloz (*loc. cit.*, n° 18), Duranton (t. XIX, n° 171), Troplong (n°s 286 *bis* et suiv.).

puissent voir l'état de la propriété?... De même, c'est équivoquer sur les termes de l'avis du Conseil d'Etat du 22 janvier 1808, qu'en faire résulter la nécessité du renouvellement pour la conservation du privilége. L'objet principal de cet avis, et peut-être son objet unique, sur le point qui nous occupe ici, a été de déclarer le conservateur déchargé, après dix ans, de la mission qu'il tenait de l'art. 2108 du Code Napoléon; et il a rempli cet objet, en disant que le conservateur ne serait pas tenu de renouveler sans réquisition l'inscription d'office par lui prise originairement, et que cette inscription serait renouvelée par les soins et sur la demande du vendeur, c'est-à-dire de celui qui peut le mieux savoir si, après dix ans, le privilége existe encore. Donc, tout ce qu'on peut dire de l'avis du Conseil d'Etat, c'est que, pour le renouvellement, il a remis au vendeur (sauf la sanction dont il ne parle pas) le mandat que l'art. 2108 avait confié au conservateur, pour l'inscription d'office; en quoi l'avis a suivi la tradition des rédacteurs du Code, puisqu'il a créé une mesure d'ordre et avisé à un moyen de maintenir complet un registre qui, après dix ans, cesserait de l'être, par le défaut de renouvellement de l'inscription. Mais il n'a pas fait de cette inscription et de son renouvellement une condition nécessaire à la conservation du privilége, parce qu'en cela il eût changé du tout au tout la portée de la loi, ce qu'il ne lui appartenait en aucune façon de faire.

Concluons donc que le vendeur, créancier privilégié, conserve son droit de préférence vis-à-vis des créanciers inscrits du chef de l'acquéreur, par la seule transcription et sans le secours d'aucune inscription; que dès lors il ne saurait être question ici de renouvellement décennal, et que, le contrat de vente une fois transcrit, le privilége du vendeur subsiste vis-à-vis de ces créanciers et se maintient, sauf les causes d'extinction énumérées dans l'art. 2180, et au nombre desquelles ne se trouve pas le défaut de renouvellement.

275. Dans tout ce qui précède, nous nous sommes occupé de la conservation du privilége du vendeur au point de vue du *droit de préférence seulement :* nous l'avons dit à diverses reprises. Mais indépendamment de ce droit de préférence, le privilége du vendeur, comme tous les autres priviléges sur les immeubles et les hypothèques, confère le *droit de suite*, en vertu duquel le vendeur (ce que le mot même indique) suivra l'immeuble par lui vendu en quelques mains qu'il soit passé, et pourra exiger du possesseur actuel qu'il abandonne l'immeuble ou qu'il lui paye ce qui lui est dû, et cela quand même ce possesseur actuel aurait déjà payé son prix à celui de qui il tient l'immeuble. Toutefois, il en est du droit de suite comme du droit de préférence, il ne peut être exercé par le vendeur qu'à la condition d'avoir été conservé. Or la conservation de ce droit est soumis à des règles qui lui sont propres : seulement, les variations de la loi ont été fréquentes et notables sur ce point. Il y a eu d'abord l'état de choses créé par le Code Napoléon; puis est venue l'innovation résultant des art. 834 et 835 du Code de procédure civile; enfin nous avons aujourd'hui la loi du 23 mars 1855 sur la Transcription, par laquelle les art. 834 et 835 du Code de procédure ont été

abrogés. Mais comme ces textes ont eu en vue tous les priviléges sur les immeubles et non pas seulement le privilége du vendeur, nous les expliquons, tant dans un appendice, par lequel nous terminons la présente section, que dans le commentaire de l'art. 2166.

IV. — 276. *Deuxième application de la règle : Privilége des ouvriers.* — Nous avons fait connaître les formalités à l'accomplissement desquelles est subordonnée l'*acquisition* du privilége établi par l'art. 2103, n° 4, au profit des architectes, entrepreneurs, maçons, et autres ouvriers, sur la plus-value résultant des travaux. (Voy. *suprà*, n°s 215 et suiv.) L'art. 2110 nous dit maintenant qu'ils « conservent *par la double inscription* faite 1° du procès-verbal qui constate l'état des lieux, 2° du procès-verbal de réception, leur privilége *à la date de l'inscription* du procès-verbal. »

Ici encore, tout en prenant la publicité comme moyen de conserver le privilége, la loi diffère, sous le rapport de la forme ou du mode suivant lequel le privilége doit être rendu public, de l'art. 2106, où est posé le principe général de la publicité. L'art. 2110 ne substitue pas la *transcription* à l'*inscription*, comme cela a été fait pour le privilége du vendeur par l'art. 2108 (*voy.* n° 262), parce que la plus-value devant résulter de travaux successifs et de fournitures qui vont s'incorporer à l'immeuble, il n'y a pas en réalité d'acte translatif à transcrire ; mais il s'écarte de la forme indiquée à l'art. 2106 d'abord, en ce qu'il met à la place de l'inscription ordinaire dont parle ce dernier article une inscription spéciale consistant dans la simple relation, sur les registres, des procès-verbaux que les ouvriers ont dû faire rédiger pour acquérir le privilége, et ensuite en ce qu'il exige deux inscriptions au lieu d'une, deux inscriptions distinctes et successives qui font connaître les deux procès-verbaux du rapprochement desquels se dégagera cette plus-value grevée du privilége. (*Voy.* n°s 112 et suiv.)

277. Du reste, c'est en cela seulement que l'art. 2110 s'écarte, par exception, des termes dans lesquels le principe de la publicité est posé par l'art. 2106. Quant au fond, le principe reste entier et l'observation en est essentielle. Ainsi le veut la nature même des choses. Le privilége dont il s'agit ici participe de celui du vendeur : les ouvriers mettent dans le patrimoine du propriétaire pour lequel ils travaillent une valeur nouvelle, aussi bien que le vendeur ; c'est la plus-value par eux créée : en sorte que, pour les ouvriers, comme pour le vendeur, le privilége est la rétention d'un droit réel sur la chose même par eux transmise. (Voy. *suprà*, n° 212.) De là, nécessité d'exiger que l'existence de ce droit réel fût manifestée au public, afin que les tiers, avertis que la plus-value ne doit pas être leur gage, ne fussent pas exposés à se tromper ou à être trompés.

278. La loi exige l'inscription de deux procès-verbaux. Par l'inscription du premier, qui constate l'état des lieux, l'existence du privilége est annoncée aux tiers ; le procès-verbal de réception des travaux, quand il est inscrit ensuite, permet de fixer le montant de la créance privilégiée. Mais à quel moment l'inscription du premier procès-verbal doit-

elle être faite? La loi ne le dit pas, explicitement du moins. Cependant le doute n'est pas possible.

D'abord, l'inscription qui se produirait seulement après l'achèvement des travaux irait en sens inverse de la pensée de protection sur laquelle repose tout le système de la publicité. Elle serait décevante et illusoire : décevante pour les créanciers inscrits déjà sur l'immeuble avant le commencement des travaux, car elle leur révélerait l'existence d'une créance qui, en les primant sur la plus-value, enlèverait à leur gage des améliorations ou des augmentations sur lesquelles ils avaient droit cependant de compter (art. 2133); illusoire pour les tiers qui traiteraient avec le propriétaire après la confection des travaux, car à quoi leur sert-il que le privilége se montre quand ils ont traité déjà, quand, en l'absence de tout signe qui leur ait manifesté l'existence de ce privilége, ils ont pu croire que les reconstructions ou les réparations étaient payées et que le crédit immobilier de leur débiteur était entier? Evidemment, l'inscription faite après l'achèvement des travaux serait tardive; la loi n'aurait pu la tenir pour suffisante sans se mentir à elle-même, sans fausser son système en substituant, pour ce cas particulier, une publicité menteuse à la publicité sérieuse et vraie qu'elle a voulu organiser. (*Voy.* n° 253.)

D'un autre côté, la créance des ouvriers, bien qu'elle participe par sa nature de celle du vendeur, en ce qu'elle a pour cause la mise d'une valeur nouvelle dans le patrimoine du débiteur, ne naît pas cependant instantanément et d'un seul coup comme la créance du vendeur. Pierre vend aujourd'hui sa maison à Paul moyennant 100,000 fr. payables dans cinq ans; la situation est réglée et le résultat en est connu à l'instant même : Pierre est créancier de cette somme de 100,000 fr. dont Paul est débiteur. Mais si Pierre a été employé par Paul à reconstruire ou à réparer l'immeuble de ce dernier, la créance de Pierre se formera de jour en jour, au fur et à mesure qu'il ajoutera son travail et ses fournitures à l'immeuble. Il n'aurait pas été possible dès lors d'exiger, pour le privilége des ouvriers, cette notification contemporaine de la naissance même de la créance, système si heureusement imaginé pour le privilége du vendeur (voy. *suprà*, n°s 256 et suiv.), à moins d'imposer aux ouvriers, ce qui n'eût pas été praticable, l'obligation de faire chaque jour des inscriptions partielles et correspondantes à la valeur que chaque jour aurait ajoutée à l'importance de leur créance.

Il a donc fallu aviser à un autre moyen. Lequel? Une notification *antérieure* à la naissance de la créance privilégiée. C'est à ce parti que s'arrête la loi, et c'est en cela qu'elle présente une application extensive du principe de la publicité tel qu'il est formulé dans l'art. 2106. Néanmoins l'idée n'est pas expressément indiquée dans notre art. 2110. Mais, d'une part, l'art. 13 de la loi du 11 brumaire an 7, auquel notre article est manifestement emprunté, l'exprimait nettement en ces termes : « Le procès-verbal qui constate les ouvrages à faire doit être inscrit *avant le commencement des réparations, et le privilége n'a d'effet que par cette inscription;* » et, d'une autre part, il y a une relation si

étroite entre l'art. 2103, n° 4, qui consacre le privilége, et l'art. 2110, qui donne le moyen d'en assurer la conservation, que ce dernier article doit nécessairement être supposé avoir exigé une inscription *antérieure* à la confection des travaux, par cela seul que le premier a voulu comme condition nécessaire de l'acquisition du privilége que le procès-verbal constatant l'état des lieux fût *dressé préalablement* à tous travaux.

279. Quant au second procès-verbal, celui de la réception des travaux, qui, aux termes de l'art. 2103 doit être fait dans les six mois au plus de la perfection des travaux, l'inscription n'en est soumise à aucun délai. Ici encore, le Code copie l'art. 13 de la loi de brumaire, dont le § 2 dit que le procès-verbal « de réception des ouvrages doit être également inscrit, à l'effet de déterminer le maximum de la créance privilégiée, » sans indiquer non plus aucun délai pour l'inscription. Il suit de là que la formalité, à quelque époque qu'elle soit remplie, tant que l'immeuble est entre les mains du débiteur (1), a un effet rétroactif à la date de l'inscription du premier procès-verbal.

280. D'ailleurs il en est des inscriptions dont nous parlons ici comme des inscriptions hypothécaires en général; elles reçoivent l'application de l'art. 448 du Code de commerce, reproduit et confirmé par l'art. 2146 du Code Napoléon. Ainsi, l'inscription prise par le constructeur pour conserver son privilége serait sans effet, si elle n'était faite que postérieurement au jugement déclaratif de la faillite du débiteur. Et la jurisprudence ajoute, avec raison, qu'il en est ainsi alors même que les formalités exigées par la loi pour acquérir ce privilége auraient été commencées avant le jugement déclaratif de la faillite (2).

281. Les ouvriers qui ont rempli en temps utile les formalités prescrites par la loi conservent leur privilége *à la date de l'inscription du premier procès-verbal*. Par ces derniers mots, l'art. 2110 se rattache à l'art. 2106, dont il reproduit les expressions mêmes. Mais on a beaucoup discuté sur ce point. On s'est demandé si ces mots, *à la date de l'inscription*, constituent aussi, dans l'art. 2110, ce que la doctrine a si mal à propos qualifié de *vice de rédaction* dans l'art. 2106 (voy. *suprà*, p. 259 et suiv.); ou bien s'ils doivent ici être pris au pied de la lettre. Les auteurs sont très-divisés sur ce point. Les uns prétendent que ces expressions doivent être rayées de l'art. 2110 aussi bien que de l'art. 2106, et par le même motif, à savoir, qu'il est contraire à la nature du privilége de lui donner son rang à raison de la date de l'inscription; et dans ce système on enseigne que l'ouvrier, à quelque époque qu'il inscrive le procès-verbal constatant l'état des lieux, fut-ce même à ce moment extrême où la propriété va être purgée, n'en conserve pas moins son privilége sur la plus-value vis-à-vis de tous les créanciers inscrits sur l'immeuble (3). D'autres, en critiquant ces expressions de l'art. 2106 et en les signalant aussi comme contraires à la nature du

(1) *Voy*. Lyon, 13 mars 1830.
(2) *Voy*. Rouen, 12 juin 1841; Limoges, 1er mars 1847 (Dall., 47, 2, 147).
(3) *Voy*. Tarrible (*Rép.*, v° Priv., sect. 5, n° 8), Grenier (t. II, n° 410), Favard (v° Priv., sect. 4, n° 9).

privilége, les trouvent fort bien placées dans l'art. 2110, sauf cette modification toutefois, que la règle qui donne rang au privilége de l'ouvrier à partir de la date de l'inscription sera applicable aux rapports de l'ouvrier avec les créanciers hypothécaires inscrits *depuis* les travaux, mais qu'elle ne le sera pas à l'ouvrier qui se trouverait en conflit avec des créances hypothécaires dont l'inscription existait déjà *avant* les travaux (1).

Dans notre système, ces solutions, avons-nous besoin de le dire, ne sauraient être acceptées. La première est une atteinte flagrante au principe de la publicité; nous l'avons réfutée déjà, et, en la repoussant encore, nous répétons que dans le privilége il ne faut jamais confondre la constitution même du droit avec le règlement de ses effets, et que si le droit lui-même reçoit de la cause de la créance son caractère privilégié, cela ne fait pas que l'effet n'en puisse pas être subordonné, dans l'intérêt des tiers, à des conditions déterminées. (*Suprà*, p. 242.)

Pour la seconde solution, la base d'abord n'en est rien moins que solide. Ceux qui la proposent sentent qu'ils ont à se justifier de tenir pour bonnes, dans l'art. 2110, les expressions mêmes qu'ils censurent avec une grande énergie dans l'art. 2106. Et ils disent que, dans le cas de l'art. 2106, qui parle des priviléges en général, les créanciers pouvant se convaincre, *par l'inspection des titres*, de l'existence de la créance privilégiée, il est hors de propos et contre la nature même du droit de le déclarer soumis à la règle *prior tempore potior jure*, tandis que les titres ne pouvant rien révéler en ce qui concerne le privilége des ouvriers, il était juste d'exiger une inscription qui le fît connaître, et de ne lui donner rang qu'à la date de cette inscription. Mais ils ne prennent pas garde que la communication des titres, usitée avant la loi de l'an 7 et regardée jusque-là comme suffisante pour la sûreté d'un créancier postérieur, n'a plus été considérée comme telle depuis, et que soit les rédacteurs de la loi de brumaire, soit les rédacteurs du Code Napoléon, en laissant toujours la faculté de demander communication des titres de propriété, ont voulu spécialement une notification publique, la transcription ou l'inscription, qui révélât à tous l'existence du privilége ou de l'hypothèque, et qui protégeât les tiers contre le danger des surprises; que c'est le registre des transcriptions ou celui des inscriptions qui est aujourd'hui la sauvegarde des tiers; qu'en aucun cas la communication des titres n'y supplée; et qu'il n'est pas possible de faire fonds là-dessus pour approuver dans l'art. 2110 ce qu'on blâme dans l'art. 2106.

Ensuite et au fond, quoi de plus inexact que la distinction établie, au point de vue de la préférence, entre les créanciers inscrits avant et les créanciers inscrits après les travaux? Ceux-ci, dit-on, ont dû compter sur la plus-value résultant des travaux, et non les autres!

(1) *Voy*. Delvincourt (t. III, p. 288, notes), et MM. Persil (art. 2110, n° 3, et *Quest*., ch. 6, § 9), Dalloz (*loc. cit.*, n° 3), Troplong (n° 322).

Qu'est-ce à dire? Est-ce que les créanciers inscrits avant les travaux n'auraient pas le bénéfice de l'art. 2133 du Code Napoléon, d'après lequel l'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué ? Ainsi, en droit, la distinction est condamnée par la loi (1); mais, en fait, elle se condamne elle-même par les résultats auxquels elle conduit. Exemple : Pierre a prêté à Paul, en 1840, 10,000 fr., et a pris inscription immédiatement sur un immeuble qui en valait 20,000; plus tard, en 1841, Joseph, entrepreneur, fait des constructions qui procurent à l'immeuble une plus-value de 5,000; plus tard encore, en 1842, Louis a prêté 15,000 fr. à Paul et a pris inscription. Puis, en 1843 seulement, Joseph, l'entrepreneur, fait inscrire le procès-verbal constatant l'état des lieux et celui de réception des travaux. Dans cet état, l'immeuble est vendu et produit 25,000 fr. Comment se fera la collocation? Il semble qu'il y aurait tout bonnement à suivre l'ordre des inscriptions et à colloquer d'abord Pierre pour 10,000 fr., ensuite Louis pour 15,000, et enfin Joseph pour 5,000. Mais point du tout! dans le système que nous apprécions, Joseph, qui est le troisième en date, viendrait *avant* Pierre, *qui est le premier*, et, en même temps, il ne pourrait venir qu'*après* Louis, *qui est le second*. Conçoit-on quelque chose de plus étrange? Et comment la théorie dans laquelle cela peut se produire rendrait-elle la pensée de la loi?

Non! la loi est tout autre. Ce qu'elle veut, encore une fois, c'est une publicité vraie et sérieuse. Dans cette pensée, elle a dit, à l'art. 2106, qu'entre créanciers les priviléges n'ont d'effet à l'égard des immeubles *qu'à compter de la date de l'inscription*. Et ce qu'elle a dit, en thèse générale, à l'art. 2106, elle le répète, dans le même sens, à l'art. 2110, pour un cas particulier, pour le privilége des ouvriers. En cela encore, elle s'inspire de la loi de brumaire dont elle adopte les principes; et c'est également pour n'avoir pas rattaché le Code à cette loi que l'interprétation s'est égarée.

En définitive, rien n'est plus simple que le système du Code expliqué par son esprit et par les précédents d'où il découle. Il y a deux hypothèses qui peuvent se présenter. Ou l'ouvrier a fait inscrire le premier procès-verbal avant le commencement des travaux, et alors il a satisfait au vœu de la loi, ce qui lui donne son gage spécial, la plus-value, par préférence ou à l'exclusion de toutes les autres créances hypothécaires de son débiteur, sans réserve ni distinction; ou il n'a rempli la formalité qu'après l'achèvement des travaux, et alors il a méconnu la volonté du législateur, et sa créance cesse d'être privilégiée pour devenir hypothécaire et n'avoir de rang qu'à la date de l'inscription, par application de l'art. 2113 (2).

282. Nous avons supposé, dans tout ceci, que l'immeuble est resté aux mains du propriétaire pour lequel les constructions ou réparations

(1) Req., 17 juill. 1848 (Dev., 48, 1, 470; *J. P.*, 1848, t. II, p. 603).
(2) *Voy.*, en ce sens, MM. Valette (*loc. cit.*, p. 54 et suiv.), Mourlon (*loc. cit.*, nos 245, 246, 253, 254, 261, 264, 265, 273), Hureaux (*loc. cit.*, nos 26 et suiv.).

ont été faites. Qu'adviendrait-il si l'immeuble était aliéné, soit au cours des travaux, soit après? (*Voy. au* n° 315.)

V. — 283. *Troisième application de la règle : Privilége des prêteurs de deniers.* — La loi reconnaît et consacre, en faveur de ceux qui ont prêté des deniers, soit pour l'acquisition d'un immeuble, soit pour payer ou rembourser des ouvriers, un privilége qui, par l'effet de la subrogation sur laquelle il est fondé, se confond avec le privilége du vendeur ou des ouvriers. Nous nous sommes expliqué déjà sur l'acquisition de ce privilége. (*Voy.* n° 221.) Les art. 2108 et 2110 ont pourvu à sa conservation par des moyens propres à chacune des deux hypothèses, et dont nous parlerons distinctement.

284. L'art. 2108 nous dit que la transcription du contrat de vente vaut inscription, non-seulement pour le vendeur, mais encore pour le prêteur qui lui aura fourni les deniers payés, et qui sera subrogé aux droits du vendeur par le même contrat. Sur quoi, nous référant à nos précédentes observations, nous ferons remarquer, d'une part, que si la subrogation était contenue dans un acte de vente sous seing privé, lequel peut, nonobstant sa forme, être transcrit (*voy.* n° 266), la transcription ne pourrait pas être invoquée, par le prêteur, comme conservant son privilége, car il n'y aurait même pas acquisition du privilége dans ce cas, puisque, aux termes de l'art. 2103, avec lequel notre article doit être combiné, l'emprunt, la destination et l'emploi, doivent être constatés *par acte authentique* (*voy.* n°s 222 et 229); d'une autre part, que notre article, en parlant d'une subrogation aux droits du vendeur *par le même contrat*, n'entend pas dire que la transcription faite par l'acquéreur ne profite au prêteur qu'autant qu'il a été subrogé au vendeur par l'acte de vente; comme la subrogation et la naissance du privilége peuvent résulter d'actes distincts et successifs constatant l'emprunt et l'emploi (*voy.* n° 228), il est clair que la transcription, de tous ces actes dans ce cas, profitera au prêteur, en vue de la conservation du privilége, aussi bien que si son droit résultait d'un seul acte, constatant à la fois l'emprunt, la destination et l'emploi.

285. Du reste, le prêteur de deniers a lui-même le droit de requérir la transcription. La loi dit que, pour lui, celle faite par l'acquéreur vaut inscription, parce qu'elle suppose que l'acquéreur sera poussé par son intérêt même à s'occuper sans retard de l'accomplissement de la formalité. Mais elle n'a pas entendu refuser au prêteur le droit d'agir lui-même, dans le cas où l'acquéreur y mettrait de la négligence, et, en effet, elle exprime, dans la disposition finale de l'art. 2108, que les prêteurs pourront aussi faire faire, si elle ne l'a été, la transcription du contrat de vente, à l'effet d'acquérir l'inscription de ce qui leur est dû sur le prix.

286. C'est une question de savoir si les créanciers délégués par le vendeur se trouvent, sous le rapport qui nous occupe, dans la même situation que les prêteurs de deniers. A cet égard, quelques distinctions doivent être faites.

Il est sans difficulté que si la délégation n'a pas été acceptée,

le créancier au profit de qui elle a été faite est sans titre aucun à faire transcrire le contrat pour s'assurer un privilége sur l'acquéreur. Dans cette situation, il y a une simple indication de payement, qui ne forme pas un titre de créance; en sorte qu'il n'y a pas et ne peut pas y avoir de privilége à conserver. La jurisprudence est constante en ce sens (1). Par identité de raison, ces créanciers ne peuvent se prévaloir de l'inscription qui aurait été prise pour le vendeur ou de la transcription du contrat pour exercer un droit de préférence à l'encontre des autres créanciers du vendeur. Ceci aussi est admis par la jurisprudence (2).

Mais si la délégation est acceptée, il s'élève un doute du rapprochement qu'on peut faire entre le texte de l'art. 29 de la loi de brumaire et celui de l'art. 2108 du Code Napoléon. Ainsi l'art. 29 de la loi de brumaire étendait expressément les effets de la transcription à tous les *ayants-cause* du vendeur, tandis que l'art. 2108 du Code parle seulement des *prêteurs de deniers*. D'où l'on peut conclure que ce dernier article a disposé dans une pensée restrictive (3). Mais il faut dire que l'acceptation a fait de la délégation une véritable cession de créance. Or le cessionnaire représente le cédant. Donc il en a tous les droits. C'est l'application littérale de l'art. 2112. (Voy. *suprà*, nos 236 et suiv.)

287. Quant à ceux qui ont prêté, pour payer ou rembourser les entrepreneurs et ouvriers employés à édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux ou autres ouvrages, des deniers dont l'emploi est constaté, ils conservent leur privilége par les moyens mêmes que la loi donne aux entrepreneurs et ouvriers pour conserver le leur, c'est-à-dire par la double inscription : 1° du procès-verbal qui constate l'état des lieux, 2° du procès-verbal de réception des travaux. C'est la disposition formelle de l'art. 2110. Bien entendu, l'inscription du premier procès-verbal doit être faite avant le commencement des travaux; la condition n'est pas moins nécessaire, pour les prêteurs de deniers, à l'effet de conserver le privilége, que pour les ouvriers eux-mêmes. Mais cela suffit : il n'y a pas lieu de transcrire, indépendamment des procès-verbaux, l'acte authentique constatant l'emploi des deniers. La publicité des procès-verbaux révèle l'existence du privilége grevant l'immeuble. Que faut-il davantage, et quel intérêt les tiers ont-ils à savoir si le privilége existe au profit des ouvriers eux-mêmes, ou si, par l'effet d'une subrogation, il existe au profit des prêteurs dont les deniers serviront à payer ces ouvriers (4)?...

VI. — 288. *Première exception à la règle : Priviléges généraux.* —

(1) *Voy.* Cass., 21 fév. 1810; Metz, 24 nov. 1820; Aix, 27 juill. 1846 (Dev., 46, 2, 443).—*Voy.* aussi Grenier (t. II, n° 388, à la note), Toullier (t. VII, n° 289), MM. Dalloz (*loc cit.*, n° 10), Duvergier (t. II, n° 241), Troplong (n° 368).

(2) Rej., 15 frim. an 12, 22 avril 1807; Req., 29 avril 1845 (Dev., 45, 1, 535); Caen, 12 fév. 1812; Limoges, 26 juin 1820.

(3) *Voy.*, en ce sens, Merlin (*Rép.*, v° Subrog. de pers., sect. 2, § 8, n° 10), M. Persil (art. 2108, n° 17).

(4) *Voy.* Tarrible (*loc. cit.*), MM. Dalloz (*loc. cit.*, art. 3, n° 2), Troplong (n° 319).

Il s'agit ici des créances énumérées à l'art. 2101 (voy. *suprà*, nos 241 et suiv.), c'est-à-dire les frais de justice, les frais funéraires, les frais quelconques de dernière maladie, les salaires des gens de service et les fournitures de subsistances. Ces créances prennent leur source dans les habitudes communes, et par cela même l'existence en doit être supposée en l'absence d'un signe quelconque qui les révèle. D'un autre côté, elles sont, ordinairement du moins, d'une très-minime importance, et deviennent même insignifiantes, pour ainsi dire, dans la portion qui en peut affecter les immeubles, puisque leur gage principal est dans la généralité du mobilier du débiteur, et que, grevant les immeubles subsidiairement, elles ne viennent que pour la partie qui en reste après la discussion du mobilier. (*Voy.* nos 244 et 245.) Ces circonstances avaient été prises en considération par les rédacteurs de la loi de brumaire, qui avaient dérogé, en faveur de ces créances, au principe de la publicité. (Art. 11.) Le Code dispose de même par l'art. 2107, en déclarant « *exceptées de la formalité de l'inscription* les créances énumérées en l'art. 2101. » C'est la première des exceptions annoncées par l'art. 2106 au principe de la publicité posé dans ce même article; l'exception est complète: les créances dont s'agit restent privilégiées, quoique non inscrites, et prennent le pas, dans l'ordre ouvert, sur le prix de l'immeuble, vis-à-vis des autres créanciers même hypothécaires du débiteur. On a soutenu pourtant qu'un ordre étant ouvert, les créanciers de l'art. 2101 ne peuvent s'y présenter qu'autant qu'ils auraient pris inscription avant (1). C'est une erreur évidente. Dès que le droit de préférence seul est en question, et c'est là le droit qui s'agite dans un ordre, les créanciers de l'art. 2101 n'ont pas besoin d'inscription; car ce droit de préférence existe pour eux indépendamment de toute inscription : l'art. 2107 le dit en termes formels, et ce serait, non pas seulement en altérer la disposition, mais la changer du tout au tout, que de soumettre l'exercice du privilége, du moins quand il se borne à revendiquer son droit de préférence, à une condition de publicité que la loi n'y a pas mise, puisque précisément elle a fait une disposition exceptionnelle pour l'en affranchir.

La loi du 23 mars 1855 a-t-elle modifié, sous ce rapport, l'état de choses créé par le Code Napoléon? D'un autre côté, les créanciers de l'art. 2101, dispensés de l'inscription au point de vue du droit de préférence, en sont-ils également dispensés au point de vue du droit de suite? (*Voy.*, pour ces questions, *infrà*, n° 313 et au commentaire de l'art. 2166).

VII. — 289. *Deuxième exception : Privilége des cohéritiers et des copartageants.* — Cette exception, qui n'a pas de précédents dans la loi de brumaire, laquelle n'avait pas reconnu le privilége du cohéritier (voy. *suprà*, n° 199), nous est connue déjà; elle a été indiquée plus haut, et nous en avons justifié la nécessité. (*Voy.* n° 254.) Elle est, nous l'avons dit, non point, comme la précédente, la suppression

(1) *Voy.* Grenier (t. II, n° 457).

complète du principe de la publicité, mais une dérogation à la règle d'après laquelle la publicité qui assure au privilége son droit de préférence doit se produire en même temps que la créance privilégiée prend naissance. Ici, l'inscription qui révèle le privilége, pourra être faite *après* que le privilége est né, sans que le droit de préférence attaché à la créance en soit compromis; car l'inscription aura un effet rétroactif qui la fera remonter à la date même de la licitation ou du partage dans lequel le privilége a pris naissance. C'est en cela précisément que consiste l'exception. Ceci, il en faut bien convenir, fait brèche au principe de la publicité. Mais, nous l'avons dit déjà, il y a, dans la position du créancier privilégié, une nécessité impérieuse à laquelle la loi ne pouvait manquer de satisfaire sans être injuste. Et, d'un autre côté, le sursis accordé au privilége pour se produire, pourvu qu'il ne fût pas d'une trop longue durée, ne présentait pas en réalité un danger sérieux pour les tiers. Un partage, une adjudication par licitation, a dit à ce propos la Cour d'Aix, avec une justesse parfaite, sont des faits généralement notoires. Un créancier qui, avant de prêter son argent avec hypothèque, s'informe de la position de son débiteur, ne peut guère les ignorer, et, dès lors, il est averti de la possibilité d'un privilége en l'absence même de toute inscription actuelle; cela suffit pour qu'il soit sur ses gardes et ne se laisse pas tromper par l'état apparent des choses. Comment ne saurait-il pas que celui qui lui demande un emprunt vient de partager, de liciter les immeubles de la succession; qu'il y a conséquemment des soultes ou retour de lots possibles, et, sous tout cela, des priviléges qui peuvent surgir, des inscriptions qui peuvent tout à coup apparaître et dont l'effet remonte jusqu'au partage ou à la licitation? La notoriété, la publicité des faits auxquels se rattachent ces inscriptions et ces priviléges suffisent pour mettre le créancier à l'abri de toute surprise, malgré l'effet rétroactif que la loi attache à ces inscriptions (1).

L'exception ainsi justifiée, abordons le commentaire de l'art. 2109, qui la consacre.

290. Les causes énoncées dans cet article, et pour la conservation desquelles le cohéritier ou copartageant doit prendre inscription, sont les soulte et retour de lots, et le prix de la licitation. Mais il y a, en outre, *la garantie des partages*, qui, aux termes de l'art. 2103, est une autre cause de privilége (voy. *suprà*, nos 202 et suiv.), et dont l'art. 2109 ne parle pas. Quelques arrêts en ont conclu que l'hypothèse ne rentre pas dans les prévisions de l'article, que dès lors le copartageant, quoiqu'il n'ait pris inscription que longtemps après l'expiration du délai fixé par la loi, doit être colloqué par préférence aux créanciers antérieurement inscrits de l'autre copartageant (2). Ainsi on assimilait le cohéritier ou le copartageant évincé au vendeur, et, par suite, on

(1) *Observations sur les projets du régime hypothécaire* (*Documents* de 1844, t. III, p. 96).

(2) *Voy.* Liége, 9 mars 1818; Pau, 29 avril 1851 (Dall., 51, 2, 144; Dev., 52, 2, 343). — *Voy.* aussi Delvincourt (t. II, p. 153, notes).

lui accordait le bénéfice de la doctrine inexacte qui s'était formée sur l'interprétation de l'art. 2108. Nous ne revenons pas, bien entendu, sur cette doctrine que nous avons réfutée. (*Voy.* n°s 256 et suiv.) Il nous suffira de dire que bien que la fiction du partage déclaratif établie par le droit français reçoive ici une atteinte de la concession même du privilége, et qu'en cela la loi nous ramène quelque peu vers les idées du droit romain (*suprà*, n° 199), cependant il y avait une raison décisive, dans le cas particulier, pour ne pas recourir à l'art. 2108 : c'est que cet article est tout aussi muet que l'art. 2109 sur l'inscription du privilége pour *garantie des partages*, et que dès lors, dans le doute, ce dernier article aurait dû prévaloir, puisque, selon l'expression de M. Troplong (1), il est le droit commun en matière de partage. Aussi l'assimilation dont nous parlons a-t-elle été généralement repoussée; on a reconnu que l'omission commise dans l'art. 2109 ne tire pas à conséquence, que cet article et l'art. 2103, n° 3, ne doivent jamais être séparés en ce qu'ils se complètent l'un par l'autre. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens (2); et c'était déjà, avant la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, l'opinion de la majorité des auteurs qui, précisément à cause de la latitude exorbitante qu'ils avaient donnée au vendeur pour la conservation de son privilége, pensaient que l'art. 2108 devait être restreint plutôt qu'étendu (3). Aujourd'hui, et par l'effet de cette loi, la solution est d'une évidence palpable, puisque le privilége du vendeur ne peut être conservé que par la *transcription* (*suprà*, n° 263) et que les partages ne figurent pas parmi les actes qui, d'après cette loi, doivent être transcrits. — Le privilége du copartageant ou du cohéritier pour la garantie du partage devra donc, pour conserver son caractère et ne pas dégénérer en hypothèque, être inscrit dans le délai déterminé; et, comme il s'agit ici d'une créance éventuelle ou conditionnelle, l'inscription devra être faite de la manière indiquée au n° 4 de l'art. 2148.

291. L'art. 2109 parle d'une manière générale de l'acte de partage ou de l'adjudication par licitation, et par là il indique les actes qu'il a en vue comme susceptibles de donner naissance à ce privilége de cohéritier ou de copartageant dont il règle la conservation. Mais il y faut prendre garde : la loi dit trop à la fois et ne dit pas assez.

D'une part, quant à la licitation, elle n'a le caractère de partage, on le sait, qu'autant que l'immeuble est adjugé à l'un des copartageants ou des cohéritiers (4). C'est donc dans ce cas seulement que le privilége sera un privilége de partage. Que si l'immeuble a été adjugé à un étranger, la licitation est une véritable vente et les cohéritiers ou copartageants sont créanciers d'un prix. Les conséquences se déduisent

(1) M. Troplong (n° 291).

(2) *Voy.* Cass., 12 juill. 1853 (Dall., 53, 1, 334).

(3) *Voy.* Grenier (t. II, n° 403), MM. Persil (art. 2109, n° 3), Dalloz (*loc. cit.*, art. 2, n° 2), Duranton (t. XIX, n°s 181 et suiv.), Taulier (t. VII, p. 209), Troplong (*loc. cit.*).

(4) *Voy.* cependant Nîmes, 5 mars 1855 (Dall., 55, 2, 163).

d'elles-mêmes. Dans le premier cas, on suivra la disposition exceptionnelle de l'art. 2109, et l'inscription faite dans le délai déterminé produira son effet rétroactif; cela ne peut faire aucune difficulté. Dans le second cas, les créanciers du prix d'adjudication ne sont plus dans l'exception ; ils rentrent dans la règle et doivent se conformer à l'art. 2108 du Code Napoléon. On en concluait, dans le système qui avait prévalu sur cet article, que non-seulement les créanciers n'étaient pas tenus de faire inscrire leur privilége dans le délai fixé par l'art. 2109, mais encore qu'ils n'avaient pas même besoin de prendre inscription, qu'il leur suffisait de faire inscrire leur titre au moment où ils le jugeaient convenable, sauf au conservateur des hypothèques à prendre l'inscription d'office. Aujourd'hui que la loi sur la transcription a rendu à l'art. 2108 sa signification précise, il y a autre chose à conclure : c'est que vendeurs, et rien de plus dans l'espèce, les cohéritiers ou copartageants n'ont pas le bénéfice d'un délai, que leur privilége n'existe, n'a de date et de rang que par la transcription qui rend publiques à la fois et dans le même instant la transmission de la proprité et la naissance du privilége.

D'une autre part, quant à l'acte de partage, il faut entendre cela non pas seulement de cette convention qui intervient entre communistes se réunissant en vue de se partager entre eux la chose qu'ils possédaient jusqu'alors en commun et d'en prendre chacun sa part, mais de tout acte quelconque qui fait cesser l'indivision. A cet égard, il s'est élevé, sur la cession de droits successifs et sur son caractère, une question qui a son intérêt après comme avant la loi du 23 mars 1855 sur la transcription. Sur ce point, la jurisprudence est loin d'être d'accord. Quelques arrêts décident d'une manière absolue que la cession de droits successifs faite par un cohéritier à son cohéritier constitue une vente et non un partage, encore qu'elle fasse cesser complétement l'indivision, et, en conséquence, qu'une telle cession confère au cohéritier cédant le privilége de vendeur et l'action résolutoire (1). D'autres arrêts, moins absolus, tempèrent cette solution en conférant aux parties le droit d'assigner à leur gré à l'acte le caractère du partage ou celui de la vente, au moins au point de vue du privilége, en sorte que la cession de droits successifs ne sera essentiellement ni une vente ni un partage, mais l'un ou l'autre, suivant que cela résultera soit des termes de l'acte, soit de l'exécution qu'il aura reçue (2). D'autres enfin, et en plus grand nombre, décident que la convention constitue essentiellement un acte de partage, non-seulement quant à l'existence de l'action en rescision, mais encore en ce qui concerne les priviléges ou hypothèques attachés au partage, et par suite que le cohéritier cédant a le privilége de copartageant, lequel n'est conservé que par l'inscription prise dans le délai

---

(1) *Voy*. Grenoble, 4 janv. 1853 (Dall., 55, 2, 356). — *Voy*. encore Toulouse, 14 déc. 1850 (*J. P.*, 1851, t. I, p. 445).

(2) *Voy*. Req., 25 juin 1845 (*J. P.*, 1846, t. I, p. 211), Toulouse, 2 janv. 1847 (Dall., 47, 2, 103).

de l'art. 2109 (1). Cette dernière solution est seule d'accord, à notre avis, avec le principe posé dans l'art. 888 du Code Napoléon, qui, en soumettant à l'action en rescision *tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision* entre cohéritiers, encore qu'il soit qualifié vente, échange, transaction, ou de toute autre manière, reconnaît évidemment le caractère de partage à la cession de droits successifs faisant cesser l'indivision. Le cédant aura donc le privilége de cohéritier ou de copartageant, et il aura, pour le rendre public par l'inscription, le délai exceptionnellement accordé par l'art. 2109. Mais en nous rangeant à l'avis consacré par la jurisprudence qui tendait à prévaloir jusqu'ici, nous ne pouvons nous empêcher de faire remarquer que cet avis se trouve avoir aujourd'hui un caractère absolument opposé à celui qu'il présentait dans les arrêts qui le consacrent. En effet, ces arrêts étaient rigoureux pour le créancier, puisqu'en lui refusant la qualité de vendeur, ils lui refusaient le bénéfice de cette interprétation, à la faveur de laquelle le vendeur pouvait s'inscrire quand il le voulait, pourvu qu'il n'arrivât pas à ce moment extrême où la propriété est purgée. Aujourd'hui la solution est favorable, au contraire, car le copartageant a, pour la conservation de son droit de préférence, un délai qui n'est pas accordé au vendeur, dont le privilége prend rang à la date de la transcription, qui, en rendant publique la transmission de la propriété, donne naissance à la créance privilégiée.

292. L'inscription doit être prise *à la diligence* du copartageant ou du cohéritier constitué créancier par le partage; c'est la disposition formelle de l'art. 2109. Cette disposition a été gravement méconnue, à notre avis, dans une circonstance récente, par la Cour de Paris dans un arrêt dont la partie doctrinale, d'ailleurs, a été condamnée par la Cour de cassation. Il s'agissait de savoir si, quand l'inscription doit être prise à la diligence de la partie elle-même, le notaire peut, en dehors d'un mandat spécial, être tenu, sous sa responsabilité personnelle, de faire l'inscription. La Cour de Paris s'est prononcée pour l'affirmative par un arrêt du 13 juin 1854 : elle a jugé, en droit, « que le devoir du notaire ne consiste pas seulement à remplir les formalités prescrites par les lois pour la régularité des actes qu'il reçoit; qu'il doit encore veiller à l'accomplissement des conditions nécessaires pour conserver les droits des parties, et que son obligation est d'autant plus étroite que l'ignorance des formes et l'inexpérience des affaires peuvent avoir, pour les clients qui se confient à ses lumières, de plus fâcheuses conséquences. » A la vérité, la Cour, comme si elle eût douté elle-même de la solidité de cette théorie du *mandat légal*, qu'il est en effet plus que difficile d'établir en droit, se rattachait aux faits de la cause et les commentait de manière à en induire l'existence d'un mandat spécial que le notaire aurait reçu dans l'espèce, et auquel il aurait contrevenu en ne requérant pas l'inscription dans le délai voulu. Mais si l'on met à l'écart cette dernière appréciation (qui a été bonne pour l'arrêt, en ce qu'elle

(1) Req., 5 nov. 1822; Bourges, 26 janv. 1844; Montpellier, 21 déc. 1844 et 27 janv. 1854 (Dall., 45, 2, 130, 131; 55, 2, 113; Dev., 45, 2, 426 et 587).

l'a sauvé de la cassation qui, sans cela, eût été infailliblement prononcée) (1), pour s'arrêter à la première, on reconnaît que celle-ci ne peut se justifier.

Sans parler de cette théorie du mandat légal, sur laquelle nous n'avons pas à nous expliquer ici parce qu'elle sort de notre sujet (2), nous rappelons cette disposition de notre article 2109, que l'inscription est faite *à la diligence du cohéritier ou du copartageant*. Il est clair, d'après cela, que la partie doit agir par elle-même ou par un tiers auquel elle donne mandat, dans les termes de l'art. 2134 et 2148. Et déclarer un notaire responsable par cette seule considération du *mandat légal*, et parce qu'après avoir procédé à une adjudication par licitation entre cohéritiers il n'a pas pris l'inscription du privilége, le déclarer responsable de ce que cette inscription, qui devait être faite à la diligence de la partie, n'a pas été prise par elle ou a été prise tardivement, c'est faire violence à la loi, en changer les termes et y ajouter.

293. Le délai, aux termes de l'art. 2109, est de soixante jours, à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication par licitation. Nous verrons, plus loin (n° 318), qu'après la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, le copartageant ou cohéritier manquerait de prudence s'il laissait passer le quarante-cinquième jour sans requérir l'inscription. Nous prenons, quant à présent, le texte de l'art. 2109, et nous ajoutons que le soixantième jour est le dernier utile, puisque l'inscription doit être faite *dans les soixante jours*, et, en outre, qu'en raison de ces termes de la loi, on pourrait soutenir que le jour où a eu lieu l'acte de partage ou la licitation est aussi compris dans le délai (3).

294. Mais quel est l'acte dont la loi entend parler comme fixant le point de départ du délai? Il faut distinguer.

Le partage a-t-il été fait par acte sous seing privé, le point de départ sera à l'acte même et non à la date de l'enregistrement.

Est-ce d'un partage d'ascendants qu'il s'agit, le point de départ variera suivant que l'acte aura été fait entre vifs ou en la forme testamentaire. Dans le premier cas, c'est l'acceptation qui donnera cours au délai; dans le second, ce sera la date du décès de l'ascendant donateur. C'est l'avis unanime des auteurs. La Cour de Montpellier a proposé, cependant, dans ses Observations sur les projets de réforme hypothécaire, de fixer le point de départ, dans ce dernier cas, au jour de l'exécution, par le cohéritier créancier de la soulte, de la disposition contenant partage. Et il faut convenir que la solution n'est pas sans quelque fondement, en ce que l'obligation d'inscrire semblerait ne devoir exister qu'au moment où il devient certain que le testament, opérant partage, restera la loi des parties et aura son exécution.

Enfin s'agit-il d'un partage judiciaire? Quelques doutes se sont éle-

(1) *Voy.* Rej., 14 fév. 1855 (Dall., 55, 1, 170; Dev., 55, 1, 171).

(2) Nous avons examiné l'arrêt à ce point de vue, dans la *Revue critique de législation* (t. VII, p. 35 et suiv.).

(3) *Voy.* néanmoins, sur ce dernier point, la dissertation savante dans laquelle M. Troplong soutient la thèse contraire (nos 294 et suiv.).

vés. Dans le cas de minorité ou d'interdiction de quelqu'un des cohéritiers, il paraît unanimement admis que le délai pour prendre inscription court seulement du jour où la justice prononce l'homologation de l'état liquidatif; et cela doit être, puisque l'homologation est indispensable pour imprimer aux opérations du notaire liquidateur le caractère d'un partage définitif. — Il semble qu'il en devrait être de même dans le cas où toutes les parties étant majeures et maîtresses de leurs droits, elles sont ramenées devant la justice par suite de contestations élevées sur le procès-verbal de liquidation. Nous en trouvons la raison décisive dans les observations des membres délégués du notariat sur les plans de réforme discutés en 1850 dans l'Assemblée législative. Jusqu'à l'homologation, disaient-ils, le partage n'est qu'un projet. Si l'on prend inscription pour une créance qui est anéantie par le jugement, c'est non-seulement faire des frais inutiles, mais encore obliger les cohéritiers à un procès pour avoir mainlevée de cette inscription provisoire. De plus, le cohéritier grevé ignorera toujours l'existence de l'inscription; il omettra d'en demander mainlevée par le jugement d'homologation : de là un second procès, de là aussi des entraves et des obstacles à la libre disposition des biens pendant les délais de procédure et d'appel, et souvent, en fin de compte, un ordre obligé là où un arrangement amiable aurait pu tout aplanir. Sur ces observations, la commission de l'Assemblée s'était décidée à changer la rédaction de notre article et à dire d'une manière absolue : « Si le partage est sujet à homologation, les deux mois ne courent qu'à dater du jugement. » Mais nous devons ajouter qu'en présence du texte actuel, qui place le point de départ à l'*adjudication par licitation*, l'opinion contraire tend à prévaloir, et contre quelques arrêts qui ont fait courir le délai à partir du jugement d'homologation (1), nous en relevons un très-grand nombre qui mettent le point de départ à l'adjudication ou au partage même (2).

Que s'il y a lieu à un tirage au sort, conformément à l'art. 982 du Code de procédure, le délai ne court qu'à dater du procès-verbal du tirage au sort, qui seul fait définitivement cesser l'indivision (3).

295. Du reste, les délais pour l'inscription du privilége peuvent être gravement modifiés par la vente que ferait le débiteur pendant leur durée. Ce point est spécialement l'objet des observations que nous présentons plus loin, soit au n° 318, soit dans le commentaire de l'art. 2166.

296. Le privilége inscrit après le délai dégénère en hypothèque. (Art. 2113.) Prise dans le délai, l'inscription donne effet au privilége,

---

(1) *Voy.* Req., 17 fév. 1820, 11 août 1830; Colmar, 17 mars 1847 (*J. P.*, 1847, t. II, p. 325).

(2) Bordeaux, 15 juin 1831; Lyon, 21 fév. 1832; Paris, 7 fév. 1833 et 3 déc. 1836; Req., 15 juin 1842 et 17 nov. 1851 (Dall., 51, 1, 313); Colmar, 3 août 1849 (*J. P.*, 1850, t. II, p. 134; Agen, 6 fév. 1852 (Dev., 52, 2, 233).

(3) Req., 3 août 1837; Rej., 23 juill. 1830; Cass., 19 juin 1849 (Dall., 49, 1, 186), Montpellier, 4 janv. 1845 (Dall., 45, 2, 102).

non pas à la date du jour où elle est faite, mais rétroactivement au jour où est née la créance privilégiée. C'est précisément dans cette rétroactivité que réside l'exception faite par notre art. 2109 au principe de publicité posé dans l'art. 2106. Aucune affectation de l'immeuble grevé ne pourra être faite par le propriétaire au préjudice du créancier dans le cours de ces soixante jours pendant lesquels le privilége subsiste par lui-même et sans aucune inscription : toute affectation consentie serait nulle, mais seulement vis-à-vis des copartageants ou cohéritiers privilégiés.

Si la créance résultant du partage ou de la licitation se divise entre plusieurs copartageants ou cohéritiers, ils viendront tous au même rang, par application de l'art. 2097, quoique inscrits à des dates différentes, pourvu que les inscriptions aient été prises par tous au cours des soixante jours.

VIII. — 297. *Troisième exception : Séparation du patrimoine du défunt.* — La séparation des patrimoines, pas plus que le privilége des cohéritiers ou copartageants, n'avait été soumise à des formes spéciales de publicité par la loi de brumaire. Les rédacteurs de la loi s'étaient bornés à reconnaître le droit, lorsqu'après avoir énuméré les diverses créances privilégiées sur les immeubles ils ajoutaient : « Le tout sans préjudice du droit qu'ont les créanciers des personnes décédées, et les légataires, de demander la distinction et la séparation des patrimoines, conformément aux lois. » (Art. 14, *in fine.*) Mais le Code est allé plus loin. Comme le disait le tribunal de cassation (1), « aucun de ceux qui ont pu traiter avec l'héritier ne peut s'en plaindre ; car il faut bien qu'avant de recevoir hypothèque sur son bien, il s'assure de sa propriété sur la tête du débiteur ; il faut qu'il voie les titres et qu'il les juge. Il saura donc que le bien proposé provient d'une succession échue au débiteur ; et par cela seul, il sera suffisamment averti de ne pas le recevoir pour son gage, s'il n'a pas préalablement l'assurance, ou qu'il n'y a pas de créanciers de la succession, ou qu'ils sont payés. Au reste, il faut que cette entrave ne puisse pas durer éternellement, et que la loi fixe un terme court à la demande des créanciers héréditaires pour la séparation du patrimoine. Il est juste que le droit de s'inscrire pour ce privilége, sur les biens héréditaires, ne dure que six mois depuis l'ouverture. » Ce sont ces idées que les rédacteurs du Code ont formulées dans l'art. 2111, Ainsi, nous avons ici une exception semblable à celle qui précède, sauf cette différence (dont la raison est expliquée déjà, *voy.* n° 254) que, au lieu de soixante jours, il est accordé six mois au créancier ou au légataire pour prendre l'inscription qui doit rendre sa créance publique, et par le bénéfice de la rétroactivité maintenir sa créance à son rang.

298. Nous n'avons pas, on le comprend bien, à traiter de la séparation des patrimoines d'une manière générale ; et notamment nous

(1) *Voy.* l'exposé de discussion qui précède le projet proposé par la Cour de cassation. Fenet (t. II, p. 640).

n'avons pas à nous occuper de ses effets sur les biens de l'héritier. Il ne s'agit ici que du droit de préférence accordé aux créanciers et légataires de la succession sur les biens qui la composent. Et même, à ce dernier point de vue, nous n'aurons pas à insister longuement, car Marcadé l'a exposé déjà aux art. 878 et suiv., à l'occasion desquels il a présenté le commentaire de notre article 2111. (*Voy*. t. III, nos 395 et suiv.) Nous ne nous arrêterons donc qu'à quelques points particuliers auxquels il importe de revenir à raison des modifications introduites soit par la jurisprudence, soit même par la loi.

299. Et d'abord faut-il nous demander quelle est la nature du droit? Le point est vivement débattu, et bien des systèmes s'y sont produits. Quant à nous, nous voyons bien que la séparation des patrimoines donne aux créanciers et légataires de la succession un droit de préférence vis-à-vis des créanciers de l'héritier; c'est ce droit que l'art. 2111 qualifie de *privilége*. Mais cette expression, déjà employée dans l'ancienne jurisprudence et répétée dans les observations ci-dessus reproduites du Tribunal de cassation, en tête de son projet, nous semble devoir être prise dans le sens restreint que lui assigne la place même qu'occupe l'article dans lequel elle est employée. Le législateur, nous l'avons dit, s'occupe seulement du *droit de préférence* dans la section 4 du chapitre des priviléges; il a pu dès lors et il a dû énumérer la séparation des patrimoines et la soumettre à des conditions de publicité, puisque en tant qu'elle s'applique à des immeubles, elle produit des effets que les tiers ont intérêt à connaître. Mais ce n'est pas à dire qu'il y ait là un privilége proprement dit, un privilége donnant lieu non-seulement au droit de préférence qui lui est propre, mais encore à ce *droit de suite* qui est l'une de ses conditions d'efficacité; et voilà pourquoi la séparation des patrimoines, qui est énoncée dans la section 4, où il est question du droit de préférence uniquement, ne figure pas à la section 2, dont l'objet précis est le dénombrement des priviléges sur les immeubles. Ne nous arrêtons donc pas à ce mot *privilége* employé par l'art. 2111; évidemment le mot n'a pas, dans cet article, la signification qui s'y attache habituellement : aussi voit-on qu'il a disparu du Code belge modifié, quant au régime hypothécaire, par la loi du 16 décembre 1851 (1); et reconnaissons que c'est à cause de son effet précis et limité, et seulement à cause de cela, que la séparation des patrimoines, déjà réglée aux art. 878 et suiv. du Code Napoléon, est reprise par le législateur quand il s'occupe de fixer les conditions de publicité auxquelles il entend subordonner, par rapport aux immeubles, l'exercice du droit de préférence par lui établi en faveur de certains créanciers. S'il y a eu quelque méprise sur ce point, peut-être est-ce parce qu'on n'a pas toujours assez tenu compte de cette distinction faite par le législateur entre le droit de suite et le droit de préférence. La distinction est essentielle pourtant, à notre avis, pour la solution du point qui nous occupe; c'est pour-

(1) *Voy*. l'art. 39 de cette loi dans le *Comment. législat*. de M. Delebecque (p. 174).

quoi nous la rappelons comme un motif à ajouter aux raisons développées par Marcadé.

300. C'est principalement pour les créanciers chirographaires que la séparation des patrimoines présente de l'intérêt. Il se peut, en effet, que les créanciers du défunt, dont le droit est protégé par une hypothèque ou par un privilége antérieurs au décès et utilement inscrits, n'aient pas à redouter les effets de la confusion que l'adition d'hérédité doit opérer entre le patrimoine du défunt et celui de l'héritier, parce que le droit réel qu'ils ont du chef du défunt, s'attachant aux immeubles de la succession, les suivra dans les mains de l'héritier et ne permettra pas que, quant à eux du moins, la confusion soit opérée. Nombre de décisions ont été rendues en ce sens. Il a même été décidé en thèse générale que les créanciers qui avaient une hypothèque inscrite sur les immeubles du défunt n'ont pas besoin, pour être admis à se prévaloir du droit de séparation des patrimoines, de prendre, après le décès, l'inscription exigée par l'art. 2111 (1).

Mais, il y faut prendre garde, les créanciers hypothécaires eux-mêmes peuvent être gravement intéressés à demander la séparation. Il existe, en effet, tels cas où, comme le dit Merlin, les créanciers du défunt verraient, sans le secours de la séparation des patrimoines, leurs hypothèques primées par celles des créanciers des héritiers. Il en est ainsi, par exemple, lorsque ces derniers ont acquis, en contractant, une hypothèque générale sur les biens présents et à venir de leur débiteur, et que la date en est antérieure à celle de l'hypothèque prise par les premiers sur les biens du défunt. Il faut donc, en ce cas, que les créanciers hypothécaires du défunt empêchent la confusion des patrimoines; et comme ils n'ont pour y parvenir que la voie de la séparation, il est indispensable pour eux d'y avoir recours (2). Et, à ce propos, nous relevons, dans les recueils de jurisprudence, quelques décisions dans lesquelles ces règles ont été, selon nous, bien gravement méconnues. Ainsi, d'une part, la Cour de Grenoble a jugé que le créancier ayant une hypothèque inscrite sur les immeubles de son débiteur avant le décès de celui-ci, et étant ainsi sans intérêt pour invoquer le bénéfice de la séparation des patrimoines, n'a besoin de prendre aucune inscription après cet événement pour la conservation de ce privilége; *en telle sorte que son hypothèque prime l'hypothèque légale de la femme de l'héritier de son débiteur, qui n'a pu atteindre les biens du défunt qu'au moment même où ils sont passés sur la tête de cet héritier* (3); d'une autre part, la Cour de cassation elle-même a décidé que le créancier hypothécaire qui a pris inscription sur les immeubles de son débiteur, conserve par le seul effet

(1) *Voy.* Bourges, 16 nov. 1853 (*J. P.*, 1854, t. I, p. 178). — *Voy.* aussi Pau, 30 juin 1830.

(2) *Voy.* Merlin (vº Séparation des patrim., § 2, nº 4), Grenier (t. II, nº 420), MM. Vazeille (*Sur l'art. 878*, t. I, p. 480), Zachariæ (t. I, p. 316), Malpel (*Des succ.*, nº 217), Cabantous (*Rev. de législ.*, t. IV, p. 31).

(3) Grenoble, 11 ou 18 mars 1854 (Dev., 54, 2, 737; Dall., 55, 2, 93).

de cette inscription, après le décès de celui-ci, le droit de demander la séparation des patrimoines, *sans qu'il soit tenu de prendre une inscription nouvelle dans les six mois de l'ouverture de la succession*, en conformité de l'art. 2111, et que, par suite de cette séparation des patrimoines, ce créancier a droit de se faire colloquer par préférence aux créanciers de l'héritier, *pour la totalité des intérêts de sa créance, dont son inscription primitive n'aurait conservé que deux années et l'année courante* (1).

Ces décisions donnent à l'inscription prise avant l'ouverture de la succession des effets qu'elle ne peut évidemment pas produire par elle-même après le décès du débiteur dans le patrimoine de son héritier.

Et, en effet, la première méconnaît assurément les art. 2122 et 2135 du Code, qui décident, l'un que l'hypothèque légale grève tous les biens appartenant au débiteur, non-seulement les biens que le débiteur possède actuellement, mais encore tous ceux qui pourront lui advenir dans la suite; l'autre que l'hypothèque légale existe au profit des femmes, pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales, sur les immeubles de leurs maris, *et à compter du jour du mariage*. Sans doute le droit de la femme ne pourra s'exercer sur les immeubles passés dans le patrimoine de son mari, du chef de son auteur, avant que la mutation se soit opérée, et en ce sens la Cour de Grenoble pouvait dire que l'hypothèque légale n'atteint les biens du défunt qu'au moment même où ils passent sur la tête du mari héritier; mais, à l'instant même où l'héritier acquiert ces biens, l'hypothèque légale s'y attache avec un effet rétroactif qui la fait remonter au jour du mariage, par application de l'art. 2135, et en ce sens la Cour de Grenoble a eu tort évidemment de dire d'une manière absolue que l'hypothèque légale est primée par l'hypothèque acquise du chef du défunt par un créancier de ce dernier. Il n'en pourrait être ainsi que dans le cas où cette hypothèque serait antérieure, par sa date, à ce jour du mariage auquel remonte l'hypothèque légale de la femme de l'héritier. Hors de cette hypothèse (que rien, dans l'arrêt de la Cour de Grenoble, n'indique être celle sur laquelle la Cour a statué), l'inscription prise par le créancier du défunt avant l'ouverture de la succession est impuissante à empêcher la confusion qui va s'opérer par l'adition d'hérédité, et par conséquent à priver l'hypothèque légale du bénéfice qu'elle tient de l'art. 2122 de s'étendre à tous les immeubles qui peuvent advenir au débiteur. La séparation des patrimoines pourra seule produire cet effet, et voilà pourquoi la Cour de Grenoble est tombée dans une méprise évidente quand elle a supposé que, dans l'espèce à elle soumise, l'inscription prise par le créancier hypothécaire du défunt suppléait à celle que ce créancier devait nécessairement prendre, dans les termes de l'art. 2111, pour maintenir son hypothèque à son rang par rapport aux

(1) *Voy.* Req., 30 nov. 1847 (Dev., 48, 1, 17; *J. P.*, 1848, t. I, p. 39; Dall., 48, 1, 41).

hypothèques générales dont étaient grevés les immeubles de l'héritier.

Quant à la décision de la Cour suprême, elle ne se soutient pas davantage. L'arrêt suppose, en effet, que la séparation des patrimoines s'opère de plein droit pour tous les créanciers inscrits du défunt, et pour toutes leurs créances, inscrites ou non, sans qu'il y ait nécessité de prendre l'inscription spéciale qu'exige l'art. 2111 du Code Napoléon. Sans doute, la Cour suprême n'irait pas jusque-là. Par exemple, si le défunt avait laissé un créancier porteur de deux créances, l'une de 20,000 fr., inscrite sur les immeubles du défunt, l'autre de 10,000 fr., non inscrite, sans doute la Cour ne jugerait pas que le droit réel attaché à la première de ces créances, et qui lui en assure le payement indépendamment de la séparation des patrimoines, même vis-à-vis des créanciers de l'héritier, profite à la seconde, et en assure aussi le payement. Eh bien! il ne faut pas s'y tromper, ce que la Cour de cassation ne jugerait pas directement, son arrêt le suppose; car bien qu'il s'agisse uniquement, dans l'espèce, des intérêts de la créance, c'est-à-dire des accessoires de cette créance, comme, en définitive, l'inscription ne conservait qu'une certaine quotité d'intérêts (deux années et l'année courante), il est vrai de dire que le surplus des intérêts constituait une autre créance à laquelle l'arrêt de la Cour a conservé son droit hypothécaire, même vis-à-vis des créanciers de l'héritier, en vertu de cette inscription, qui pourtant avait été prise sur le défunt lui-même avant son décès. C'est en cela que l'arrêt est sujet à critique. Evidemment, la séparation des patrimoines était nécessaire ici pour éloigner le concours des créanciers de l'héritier; et par suite une inscription spéciale dans les termes de l'art. 2111 était aussi une nécessité.

301. Il est encore un point sur lequel la jurisprudence nous semble s'être prononcée d'une manière trop absolue : c'est le point relatif aux effets de l'acceptation bénéficiaire. Nous nous bornerons à l'indiquer, parce qu'il a fait l'objet, de la part de Marcadé, d'un examen spécial et de développements auxquels nous n'avons rien à ajouter, si ce n'est l'indication des décisions judiciaires auxquelles nous faisons allusion. Il résulte, en thèse générale, de ces décisions, que l'acceptation bénéficiaire d'une succession emporte de plein droit séparation des patrimoines au profit des créanciers de la succession, et par conséquent que ceux-ci peuvent réclamer la préférence vis-à-vis des créanciers auxquels l'héritier aurait hypothéqué les immeubles de la succession, sans avoir à craindre qu'on leur oppose une déchéance tirée de l'expiration du délai fixé par l'art. 2111 (1). Et, en effet, lorsqu'une succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire, il paraît évident, au premier coup d'œil, qu'il n'y a pas lieu, pour les créanciers du défunt, de demander la séparation des patrimoines, puisque cette séparation existe, aux

(1) *Voy.* Riom, 8 août 1828; Cass., 18 nov. 1833; Nîmes, 21 juill. 1852; Cass., 29 juin 1853; Req., 11 déc. 1854 (Dall., 33, 1, 353; 54, 2, 200; 53, 1, 282; 55, 1, 49; *J. P.*, 1855, t. I, p. 129, 135).

termes de l'art 802 du Code Napoléon, par l'effet même de l'acceptation bénéficiaire. Néanmoins, répétons, avec Marcadé, qu'il sera prudent aux créanciers du défunt de faire prononcer la séparation des patrimoines et de s'inscrire en temps utile, pour que, si l'héritier vient à déchoir du bénéfice d'inventaire, ce qui ferait disparaître la distinction des patrimoines avec la cause d'où elle découlait, les créanciers aient le bénéfice de cette distinction en vertu d'une autre cause, la séparation qu'ils auront fait prononcer en leur nom. (*Voy*. t. III, n° 401.) Cette considération avait paru décisive récemment, quand on s'occupait, à l'Assemblée législative, des projets de réforme hypothécaire, et la commission avait ajouté à l'art. 2111 une disposition aux termes de laquelle « l'inscription était nécessaire, lors même que la succession avait été acceptée sous bénéfice d'inventaire. » Cette disposition ne se trouve pas dans le Code aujourd'hui; mais, malgré la jurisprudence, dont les retours sont toujours possibles, il est prudent de l'y supposer.

302. Dans les termes du Code Napoléon, l'inscription prise dans les six mois de l'ouverture de la succession conserve aux créanciers le droit de demander la séparation des patrimoines, tant que les immeubles de la succession existent dans la main de l'héritier. En cas d'aliénation, et si les choses sont entières, c'est-à-dire si le prix de la vente n'a pas été encore distribué, on admet que la séparation peut être demandée, nonobstant l'art. 880 du Code Napoléon. Mais dans quel délai l'inscription devait-elle être prise, après la promulgation du Code de procédure (art. 834), lorsque la vente avait lieu et était transcrite avant l'expiration des six mois? Et aujourd'hui, quel est l'état des choses en présence de la loi du 23 mars 1855, qui, en rétablissant la transcription comme moyen de consolider la propriété au regard du tiers, a abrogé l'art. 834 du Code de procédure? (*Voy.*, sur ces questions, *infrà*, n° 314.)

IX. — 303. *Quatrième exception : Priviléges établis par des lois spéciales.* — Il s'agit ici de quelques-uns des priviléges dont nous avons fait connaître les conditions spéciales dans notre commentaire de l'art. 2098. Il y a notamment le privilége établi par la loi du 5 septembre 1807, en faveur du Trésor public, sur les biens des comptables (*suprà*, n°s 38 et suiv.), et le privilége établi, encore en faveur du Trésor public, par une autre loi du même jour, pour le recouvrement des frais de justice en matière criminelle, correctionnelle et de police. (*Voy*. n°s 43 et suiv.) Ces priviléges, quoique semblables à ceux qui sont établis par l'art. 2101 du Code Napoléon, en ce qu'ils affectent aussi la généralité des meubles avant ou en même temps qu'ils atteignent tout ou partie des immeubles (*voy*. n°s 241 et 242), n'ont pas été placés au même rang sous le rapport de l'exception au principe de la publicité. Comme nous venons de le voir au n° 292, les priviléges de l'art. 201 ont été dispensés de toute formalité par l'art. 2107. Au contraire, ceux du Trésor public sont soumis au principe; seulement, les

lois spéciales qui les consacrent leur permettent de se produire par l'inscription, même après la naissance de la créance privilégiée, sauf l'effet rétroactif qui fait remonter le privilége au jour même où la créance est née. L'exception participe donc de la nature de celles que consacrent les art. 2109 et 2111 en faveur des cohéritiers et copartageants, et des créanciers ou légataires demandant la séparation des patrimoines. C'est ce qu'exprime d'abord l'art. 9 de l'une des deux lois précitées, article suivant lequel « le privilége du Trésor public sur les biens immeubles des condamnés n'a lieu qu'à la charge de l'inscription *dans les deux mois, à dater du jour du jugement de condamnation*, passé lequel délai les droits du Trésor public ne peuvent s'exercer qu'en conformité de l'art. 2113 du Code civil. » C'est ce qu'exprime ensuite l'art. 5 de l'autre loi, aux termes duquel « le privilége du Trésor public mentionné en l'art. 4 ci-dessus (le privilége sur certains immeubles des comptables) a lieu conformément aux art. 2104 et 2113 du Code civil, à la charge d'une inscription qui doit être faite *dans les deux mois de l'enregistrement de l'acte translatif de propriété*. » Prise dans ce délai, à quelque époque que ce soit, l'inscription fera remonter le privilége à la date même où il a pris naissance : c'est en cela précisément que consiste l'exception; mais, prise après l'expiration des délais, l'inscription conserverait au Trésor une hypothèque qui prendrait rang seulement à la date du jour où elle aurait été inscrite. Nous disons une *hypothèque* et non plus un *privilége*, parce que dans ce cas, en effet, il ne s'agit plus d'une créance privilégiée, mais d'une créance hypothécaire par application de l'art. 2113.

304. Si le débiteur (le condamné ou le comptable) venait à vendre au cours des deux mois, l'immeuble grevé du privilége du Trésor, et s'il y avait transcription du contrat par l'acquéreur, il était admis, sous l'empire de l'art. 834 du Code de procédure, que le Trésor devait faire inscrire son privilége dans la quinzaine de la transcription (1). Mais cet article est abrogé aujourd'hui. Nous verrons au commentaire de l'art. 2166 du Code Napoléon quelle est, au point de vue du droit de suite, la conséquence de l'abrogation.

305. Indépendamment des priviléges dont nous venons de parler, il en est un autre qui est établi sur certains immeubles des comptables par la loi des 6-22 août 1791 en faveur de la douane. (*Voy.* n° 30.) Mais, à la différence des deux lois du 5 septembre 1807, celle de 1791 ne dit rien en ce qui concerne le mode de conservation du privilége. Il n'y a donc pas ici d'exception à constater. L'art. 2106 est seul applicable; le privilége doit être inscrit au moment où il prend naissance, et il n'a de rang qu'à la date de l'inscription (2).

306. Enfin, un autre privilége spécial sort, comme le précédent, de

(1) *Voy.* Grenier (t. II, n° 415), MM. Dalloz (*loc. cit.*, art. 5, n° 2), Troplong (n° 92). — *Voy.* aussi Cass., 8 mai 1811. — *Voy.* cependant Colmar, 21 juill. 1813.
(2) *Voy.*, en sens contraire, M. Taulier (t. VII, p. 223).

la classe des exceptions, et reçoit l'application du principe de la publicité dans les mêmes termes et suivant la même forme que celui du vendeur : c'est le privilége des concessionnaires des marais desséchés. (*Voy.* n° 58.) Aux termes de l'art. 23 de la loi du 16 septembre 1807, ces concessionnaires « doivent, pour conserver leur privilége, faire transcrire l'acte de concession ou l'ordonnance qui a permis le dessèchement au compte de l'Etat, dans le bureau ou dans les bureaux des hypothèques de l'arrondissement ou des arrondissements de la situation des marais desséchés. »

X. — 307. *Sanction établie par l'art.* 2113. — Après ce que nous avons dit en nous occupant successivement des diverses créances privilégiées sur les immeubles, nous aurons peu de chose à ajouter sur cet art. 2113, qui termine le chapitre relatif aux priviléges.

Nous l'avons indiqué déjà (*suprà*, n° 246), il y a ici une sorte de sanction par laquelle le législateur, préoccupé de l'intérêt des tiers, veut assurer l'accomplissement des conditions de publicité, qui sont la sauvegarde de ces tiers : la loi, sans sacrifier complétement le créancier, dont, après tout, le droit est essentiellement favorable, le tient cependant sous la menace d'une déchéance, sinon absolue, au moins relative, et l'incite par là à se montrer diligent. Quelle est donc cette sanction? et en quoi consiste-t-elle? Notre article nous le dit clairement en ces termes : « Toutes créances privilégiées soumises à la formalité de l'inscription, à l'égard desquelles les conditions ci-dessus prescrites pour conserver le privilége n'ont pas été accomplies, ne cessent pas néanmoins d'être hypothécaires, mais l'hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que de l'époque des inscriptions qui auront dû être faites ainsi qu'il sera ci-après expliqué. » Ainsi, dans le système de la loi, toute créance privilégiée sur les immeubles porte en elle-même deux éléments (1) : l'un, qui tient à la cause, à la nature même de la créance, c'est le privilége personnel; l'autre, qui est un droit réel résultant de l'hypothèque tacite attachée à cette même créance. Maintenant, que les conditions à l'accomplissement desquelles la loi subordonne le privilége soient omises, le privilége disparaît et s'efface, l'hypothèque seule reste, et le créancier, qui a perdu le bénéfice d'un droit exceptionnellement favorable, n'a plus à invoquer que la loi commune d'après laquelle l'hypothèque n'a de rang qu'à la date de son inscription. Telle est la théorie de la loi. En se reportant aux observations ci-dessus présentées sur chaque privilége, le lecteur verra que nous avons indiqué déjà les applications dont cette théorie est susceptible. Nous nous bornerons donc ici à les résumer en quelques mots.

308. D'après le texte même, la règle est applicable seulement aux créances privilégiées, *soumises à la formalité de l'inscription*. Cela est évident de soi-même. Comment concevoir, en effet, que le défaut d'inscription puisse faire descendre dans la classe des hypothèques un pri-

(1) *Voy.* M. Troplong (n° 27).

vilége qui se maintient et se conserve par sa seule force, et indépendamment de toute inscription? Mais il n'y a qu'un seul ordre de créanciers privilégiés auxquels cette réserve profite : ce sont les créanciers privilégiés de l'art. 2101. L'art. 2107 nous a dit que ces créanciers sont dispensés de la formalité de l'inscription. (Voy. *suprà*, n° 287.) Leur privilége ne peut donc recevoir l'application de l'art. 2113 et dégénérer en hypothèque. Nulle autre exception n'est possible. Ainsi, les priviléges du Trésor public, bien qu'ils aient ceci de commun avec les précédents, qu'ils affectent principalement les meubles du débiteur, cessent d'être des priviléges, si l'inscription n'en est pas faite dans les deux mois accordés au Trésor : cela est formulé dans les lois spéciales qui ont constitué le privilége, puisqu'elles renvoient formellement à l'art. 2113 du Code Napoléon (n° 303).—De même, l'inscription des créanciers ou légataires qui peuvent demander la séparation des patrimoines perd son effet rétroactif et n'agit plus qu'à sa date même, si elle n'est pas faite dans les six mois à partir de l'ouverture de la succession. (*Voy.* n° 297.)—Pareillement, le privilége des cohéritiers ou des copartageants dégénère en hypothèque et tombe sous l'application de la règle *Qui prior est tempore, potior est jure*, lorsque l'inscription n'intervient qu'après l'expiration de soixante jours à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication par licitation. (*Voy.* n° 296.) Enfin, il en est de même du privilége des ouvriers et de celui du vendeur. Mais il n'en est ainsi que dans le système par nous développé sur ces deux priviléges. Car, dans le système que nous avons combattu, l'art. 2113 ne s'appliquerait nullement au privilége du vendeur, et il ne s'appliquerait à celui des ouvriers que vis-à-vis des tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble du propriétaire *après* l'achèvement des travaux, puisque ce système consiste précisément à prétendre que, soit le vendeur absolument, soit l'ouvrier vis-à-vis des créanciers inscrits *avant* le commencement des travaux, conservent à leur droit le caractère de privilége, en s'inscrivant quand ils le jugent convenable, pourvu que ce soit avant l'instant où la propriété est purgée. Nous avons combattu cette doctrine et nous n'y revenons pas; nous rappelons seulement qu'elle fournit un argument de plus contre le système, en ce qu'elle limite arbitrairement la portée d'un texte dont l'économie même annonce qu'à l'exception des seuls priviléges non soumis à la formalité de l'inscription, il les régit tous. (*Voy.* p. 241.) Il faut reconnaître néanmoins que l'article s'appliquera rarement au privilége du vendeur, en ce que ce privilége se conserve, non point par une inscription (on sait que l'inscription prise d'office par le conservateur est de pure forme, *voy.* n° 268), mais par la transcription, qui fait connaître l'existence du privilége, en même temps qu'elle révèle et consomme la mutation de propriété à l'égard des tiers. Mais ce n'est pas à dire que la déchéance ne puisse pas atteindre le privilége du vendeur; comme tous les autres, sauf ceux de l'art. 2101, ce privilége est soumis à l'art. 2113, et on a vu qu'il en reçoit l'application dans tous les cas où la transcription ne fait pas connaître aux tiers tout

ce que les tiers ont intérêt à savoir pour n'être pas trompés (1). (Voy. *suprà*, nos 265, 267.)

XI. — 309. Appendice.. — *Des conséquences de la loi du 23 mars 1855 au point de vue du droit de préférence.* — Dans tout ce qui précède, nous avons supposé, en général, que l'immeuble sur lequel des créanciers ont acquis privilége est entre les mains du débiteur. Supposons maintenant que le débiteur dispose de cet immeuble, qu'il le fasse sortir de son patrimoine en le transmettant à un tiers, et voyons quelles sont, au point de vue de la conservation des priviléges, les modifications résultant de cette nouvelle situation.

Il y a eu, sur ce point, des variations notables dans la législation. Ce n'est ni le cas ni le lieu de développer ici tout ce qui tient à ces variations, car elles se rattachent principalement à ce *droit de suite* que nous avons signalé, sinon comme le droit essentiel résultant du privilége sur les immeubles, au moins comme l'une de ses conditions d'efficacité (*voy.* n° 251), et, à ce titre, les développements trouveront plus naturellement leur place dans le commentaire de l'art. 2166; mais il faut au moins indiquer ici ces variations et les principes qui se sont établis successivement à chaque phase de la législation, parce que, bien que le *droit de suite* y soit principalement intéressé, *le droit de préférence* en reçoit parfois et à certains égards l'influence.

310. Notons d'abord l'état de choses créé par le Code Napoléon. Dans cette période de la législation, et quand on était encore très-voisin de l'époque où avait cessé d'être en vigueur cette loi de brumaire dont les rédacteurs du Code avaient eu, selon nous, la pensée évidente de reprendre et de raviver les dispositions (*suprà,* n° 253), une controverse des plus vives s'éleva à l'occasion de l'art. 2166, dans lequel il est dit que « les créanciers ayant privilége ou hypothèque inscrite sur un immeuble, les suivent en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués ou payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions. » La difficulté consistait à déterminer le moment précis jusques auquel pouvaient être faites ces inscriptions dont le tiers détenteur devait tenir compte, à peine de payer une seconde fois ou de délaisser. Pour ceux qui étaient imbus des principes que la loi de brumaire avait consacrés, ils n'hésitaient pas à soutenir que les hypothèques consenties avant la vente pouvaient être inscrites jusqu'à la transcription; que le Code avait reproduit, sous ce rapport, la pensée de la loi de brumaire, comme cela résultait, entre autres dispositions, de l'art. 2198 qui, en laissant affranchi entre les mains du nouveau possesseur l'immeuble à l'égard duquel une ou plusieurs charges inscrites auraient été omises dans les certificats du conservateur *pourvu que ce nouveau possesseur eût requis le certificat depuis la transcription de son titre*, ne permettait de concevoir aucun doute sur la validité des inscriptions prises jusqu'à la transcription. Telle était aussi la pensée du directeur général de la régie de l'enregistrement,

(1) *Voy.* 12 juin 1855 (*J. P.*, 1855, t. II, p. 393).

qui, beaucoup moins dans l'intérêt des créanciers, nous en convenons, que dans l'intérêt du fisc, prescrivait aux conservateurs, par une circulaire spéciale, d'inscrire sans hésiter tous les titres de créances hypothécaires qui leur seraient présentés jusqu'à la transcription des contrats des tiers acquéreurs. Mais il intervint à ce propos, entre le ministre des finances, qui admettait cette solution, et le ministre de la justice, qui la repoussait, une sorte de conflit, à la suite duquel on demanda au Conseil d'Etat l'interprétation de la loi. Et le Conseil d'Etat fut d'avis que la transcription, utile encore, soit pour purger l'immeuble des hypothèques incrites *antérieurement* à la vente, soit pour le purger des hypothèques légales qui auraient existé aussi *antérieurement* à la vente, n'était plus nécessaire, depuis la promulgation du Code civil, *pour annuler l'effet* des inscriptions postérieures. « Les principes qui ont régi la matière jusqu'à la loi du 11 brumaire an 7, disait le Conseil d'Etat dans son avis, étaient que l'immeuble vendu n'était passible des hypothèques provenant du chef du vendeur, que jusqu'au jour où la tradition avait été faite par acte authentique, le vendeur ne pouvant plus grever le fonds qui n'était plus le sien. Ces principes ont subi un changement momentané par suite d'une disposition de la loi du 11 brumaire an 7, qui, jusqu'à la transcription, laissait le fonds vendu sujet aux inscriptions des créanciers du vendeur, sans distinction même des créances antérieures ou postérieures à l'acte de vente. Mais cette loi n'existe plus, et le Code civil défend d'invoquer l'ancienne législation comme règle dans les matières qu'il traite. Que reste-t-il donc dans cette espèce? La disposition même du Code qui dit bien que les contrats translatifs de la propriété... que les tiers détenteurs voudront purger des hypothèques, seront transcrits, etc. Mais de quels priviléges et hypothèques cette disposition peut-elle s'entendre? De ceux pour lesquels *il y avait inscription prise au moment de la vente*. C'est le sens naturel, et la loi n'a pu avoir en vue des charges futures, sans les imposer en termes formels: le silence de la loi, sur ce point, suffirait donc pour établir qu'on n'a pas besoin de transcrire pour se rédimer de l'effet des inscriptions existantes au moment de la vente (1). » En présence de cette interprétation, il était admis, sous le Code Napoléon, que la vente à elle seule suffisait pour arrêter le cours des inscriptions, même par rapport aux créances antérieures du vendeur dont l'hypothèque non inscrite au temps de la vente était sans force à l'égard d'un tiers acquéreur.

311. Cette solution était essentiellement protectrice pour le tiers acquéreur cela est évident; mais il est évident aussi qu'elle était gravement compromettante pour le créancier, qui pouvait perdre, par le seul fait de la vente consentie à son insu par le débiteur, le droit réel qu'il avait sur l'immeuble grevé de la créance. D'un autre côté, la solution était grave aussi pour le fisc, dont elle diminuait considérablement

(1) *Avis du Conseil d'Etat du 11 fructidor an 13.* — *Voy.* Merlin (*Rép.*, v° Inscript. hyp., § 8 *bis*, n° 2).

les produits. De là les dispositions des art. 834 et 835, introduites dans le Code de procédure civile (1), et qui constituent la deuxième phase de la législation sur ce point. Suivant le premier de ces articles, « les créanciers qui, ayant une hypothèque aux termes des art. 2123, 2127 et 2128 du Code civil, n'auraient pas fait inscrire leurs titres antérieurement aux aliénations qui seraient faites, à l'avenir, des immeubles hypothéqués, n'étaient reçus à requérir la mise aux enchères, conformément aux dispositions du chap. 8, tit. 18 du liv. 2 du Code civil, qu'en justifiant de l'inscription qu'ils auraient prise *depuis l'acte translatif de propriété*, *et*, *au plus tard*, *dans la quinzaine de la transcription de cet acte*. — Il en était de même à l'égard des créanciers ayant privilége sur des immeubles, sans préjudice des autres droits résultant au vendeur et aux héritiers des art. 2108 et 2109 du Code civil. » L'art. 835 ajoutait que, « dans le cas de l'article précédent, le nouveau propriétaire n'était pas tenu de faire aux créanciers dont l'inscription n'était pas antérieure à la transcription de l'acte les significations prescrites par les art. 2183 et 2184 du Code civil; et, dans tous les cas, faute par les créanciers d'avoir requis la mise aux enchères dans le délai et la forme prescrits, le nouveau propriétaire n'était tenu que du payement du prix, conformément à l'art. 2186 du Code civil. » Ainsi, dans ce nouvel état de choses, non-seulement la vente n'arrêtait pas le cours des inscriptions, mais encore la transcription du contrat ne l'arrêtait pas par elle-même : la transcription n'était, à ce point de vue, qu'une mise en demeure faite aux créanciers, et après laquelle ils avaient encore un délai de quinze jours, pendant lesquels leur droit subsistait entier, même envers le tiers acquéreur, et devait jouir de toutes ses prérogatives, à la condition de se produire avant l'expiration du délai.

Nous dirons à l'art. 2166, en traitant du *droit de suite*, les difficultés d'interprétation que présenta cette innovation. Quant à présent, il suffit de constater que c'est sur cet état de choses qu'est intervenue la loi du 23 mars 1855, laquelle est en vigueur depuis le 1er janvier 1856 et constitue l'état actuel, c'est-à-dire la troisième phase de la législation sur ce point.

312. Les principes qu'elle établit ne sont ni ceux du Code Napoléon, ni ceux du Code de procédure; ce ne sont pas pourtant des principes inconnus; ils constituent simplement, sauf quelques extensions dans les détails, le retour à ceux qu'avait établis la loi du 11 brumaire an 7. En voici, en effet, l'économie, au moins en ce qui concerne les dispositions intéressant les créanciers privilégiés au point de vue spécial où nous sommes placés.

En premier lieu, la loi nous dit quels sont les actes et jugements qui doivent être soumis à la formalité de la transcription : ainsi en est-il de tout acte entre-vifs, translatif de propriété immobilière ou de droits

---

(1) *Voy.* Locré (*Esprit du Code de procéd. sur les art. 834 et 835, n° 1*).

réels susceptibles d'hypothèque; de tout acte portant renonciation à ces mêmes droits; de tout jugement qui déclare l'existence d'une convention verbale de la nature ci-dessus exprimée; de tout jugement d'adjudication autre que celui rendu sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant; de tout acte constitutif d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation; de tout acte portant renonciation à ces mêmes droits; de tout jugement qui en déclare l'existence en vertu d'une convention verbale; des baux d'une durée de plus de dix-huit ans; enfin de tout acte ou jugement constatant, même pour bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois ans de loyers ou de fermages non échus. (Art. 1 et 2.) L'art. 4 dit de plus que tout jugement prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit, doit, dans le mois à dater du jour où il a acquis l'autorité de la chose jugée, être mentionné en marge de la transcription faite sur le registre (voy. *suprà*, n° 269, *in fine*), et que l'avoué qui a obtenu ce jugement est tenu, sous peine de 100 francs d'amende, de faire opérer cette mention, en remettant un bordereau, rédigé et signé par lui, au conservateur, qui lui en donne récépissé.

En second lieu, le législateur de 1855, consacrant le retour à la loi de brumaire dont nous parlions tout à l'heure, exprime que jusqu'à la transcription les droits résultant des actes ou jugements énoncés aux art. 1 et 2 ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble, et qui les ont conservés en se conformant aux lois. (Art. 3.)

Et puis, passant aux effets de la transcription (et arrivant à ce point même que le Code Napoléon interprété par l'avis précité du Conseil d'Etat, et ensuite le Code de procédure, ont successivement et diversement réglé), la loi nous dit qu'à partir de la transcription, les créanciers privilégiés ou ayant hypothèques aux termes des art. 2123, 2127 et 2128 du Code Napoléon, ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire, mais que, néanmoins, le vendeur ou le copartageant peuvent utilement inscrire les priviléges à eux conférés par les art. 2103, 2108 et 2109 du Code Napoléon, *dans les quarante-cinq jours de l'acte de vente ou de partage, nonobstant toute transcription* d'actes faits dans ce délai; et que les art. 834 et 835 du Code de procédure civile sont abrogés. (Art. 6.) A quoi nous ajoutons, en rappelant ce que nous avons dit déjà plusieurs fois, qu'en ce qui concerne le vendeur, la loi nouvelle lie l'action résolutoire établie par l'art. 1654 au privilége consacré par l'art. 2103, en ce sens que cette action ne peut plus être exercée après l'extinction du privilége, du moins au péjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, et qui se sont conformés aux lois pour les conserver. (Art. 7.)

Ainsi les créanciers ne sont plus exposés, comme sous le Code Napoléon interprété par l'avis du Conseil d'Etat, à voir le droit réel résultant de leur créance se perdre, par suite de la vente que le débiteur

aurait faite à leur insu; mais ils n'ont pas non plus la latitude que leur accordait le Code de procédure, qui, faisant de la transcription un simple avertissement, permettait aux droits réels acquis avant la vente, mais non encore inscrits, d'apparaître dans la quinzaine qui suivait la transcription : désormais c'est la transcription elle-même qui arrêtera le cours des inscriptions, sauf une exception, toutefois, en faveur du vendeur et du copartageant; ceux-ci auront la faculté de s'inscrire même après la transcription de la vente, pourvu qu'au moment où la formalité sera remplie quarante-cinq jours ne se soient pas écoulés depuis la date de l'acte ou du jugement dans lequel leur privilége aura pris naissance.

Tel est l'état de choses créé par la loi nouvelle; nous n'y voulons pas insister ici, parce qu'encore une fois la loi est faite particulièrement en vue du *droit de suite*, et qu'ainsi c'est à l'occasion de l'art. 2166 que s'élèvent les difficultés réelles du sujet : quant à présent, il suffira de rechercher l'influence que cette innovation législative peut et doit exercer sur les effets du *droit de préférence* eu égard à chacun des priviléges que le Code Napoléon a consacrés.

313. Et d'abord, quant aux priviléges généraux de l'art. 2101, le droit de préférence qui s'y rattache s'exercera, après comme avant la loi nouvelle, dans les mêmes conditions.

Sans doute on peut dire qu'il a été dans la pensée de l'art. 3 de la loi de 1855 de faire produire à la transcription ses effets vis-à-vis des créanciers inscrits non moins que vis-à-vis du tiers acquéreur, puisque, d'après cet article, l'acte transcrit peut être *opposé aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble*, termes généraux qui ne semblent pas comporter de distinction; on peut ajouter que l'induction se fortifie de l'art. 6, suivant lequel les priviléges ne peuvent plus être *utilement* inscrits après la transcription, le mot *utilement* se rapportant au droit de préférence aussi bien qu'au droit de suite, et que cet art. 6 a si bien entendu atteindre le droit de préférence à défaut d'inscription qu'il a réservé au vendeur et au copartageant un délai de quarante-cinq jours à partir de son titre, ce qui est une exception de laquelle il faut nécessairement induire que tous les priviléges qui n'y sont pas compris rentrent dans la règle. Mais la raison de décider est que la loi de 1855 n'a entendu porter aucune atteinte aux principes du Code Napoléon, si ce n'est dans les cas qu'elle a spécialement prévus (1). Or l'art. 6 n'a nullement déterminé les cas où les priviléges sont soumis à la formalité de l'inscription ou en sont dispensés; il se réfère, à cet égard, au Code Napoléon, et signifie seulement que si, d'après le Code, une inscription est nécessaire au créancier pour conserver son droit de préférence, cette inscription devra être prise avant la transcription; mais, à aucun titre, il ne peut être regardé comme ayant exigé une inscription pour des priviléges que le

(1) Voy. *Exposé des motifs* et *Rapport au Corps législatif* (*Monit.* des 11 et 31 mai 1854).



Code Napoléon en dispense formellement *au point du vue du droit de préférence* (art. 2107), ni par conséquent comme ayant attaché la déchéance de ce droit au défaut d'inscription. Les créanciers de l'art. 2101 pourront donc venir, même après la loi de 1855, indépendamment de toute inscription, exercer leur droit sur le prix des immeubles affectés subsidiairement de leur privilége; et pourvu que les choses soient entières, c'est-à-dire que le prix n'ait pas été distribué, payé sans fraude, ou régulièrement délégué, ils y devront recouvrer leur créance.

Mais pourraient-ils, sans le secours d'une inscription, atteindre le tiers acquéreur qui aurait payé, et l'obliger à payer de nouveau ou à délaisser? Ceci se rattache au droit de suite, et la question est examinée à l'art. 2166.

314. Ce que nous disons des créanciers de l'art. 2101, nous le disons également, mais par d'autres motifs, des créanciers et légataires demandant la séparation des patrimoines. La loi de 1855 ne s'est occupée nulle part de ce droit de séparation des patrimoines. Néanmoins il faut reconnaître que si ce droit devait être considéré comme un privilége ordinaire, il rentrerait, par les motifs indiqués au numéro précédent, dans les termes de l'art 6 de la loi, puisque ce droit ne peut être exercé qu'à la condition d'une inscription prise dans le délai de l'art. 2111 du Code Napoléon, et que, d'après l'art. 6 de la loi nouvelle, aucune inscription ne peut être prise *utilement* à partir de la transcription.

Mais, nous l'avons dit plus haut (*voy.* n° 299), la séparation des patrimoines n'est pas constitutive d'un privilége proprement dit; elle crée un droit *sui generis*, un droit de préférence dépourvu de ce droit de suite qui est le complément du privilége sur les immeubles et l'une de ses conditions d'efficacité. Cela est décisif à nos yeux. Dès l'instant que la séparation des patrimoines ne constitue pas un *privilége*, il ne saurait être question de la soumettre à l'application d'un article fait pour les créanciers privilégiés et hypothécaires. Déjà, avant la loi de 1855, on admettait que, même après la quinzaine de l'art. 834 du Code de procédure, le créancier ayant droit de demander la séparation des patrimoines, pouvait s'inscrire tant que les six mois à partir de l'ouverture de la succession n'étaient pas écoulés et que son droit de préférence lui était assuré, pourvu que les choses fussent entières (1). La raison de décider ainsi est bien plus impérieuse encore après la loi nouvelle, qui déclare la propriété purgée par le seul fait de la transcription. On aboutirait inévitablement sans cela à la suppression de la séparation des patrimoines, car il n'y a intérêt réel à la demander que quand la position de l'héritier est embarrassée; et comme dans cette position l'héritier lui-même a intérêt à réaliser les ressources de la succession, il s'ensuit

(1) *Voy.* Delvincourt (t. II, p. 172, notes), M. Dalloz (*loc. cit.*, n° 4), M. Troplong (n° 327). — *Voy.* encore Colmar, 3 mars 1834 (Dev., 34, 2, 678).

qu'il se hâtera de vendre, en sorte que l'acquéreur transcrivant sans retard, le créancier du défunt se trouvera déchu peut-être même avant de savoir que la succession s'est ouverte! Telle n'a pu être évidemment la pensée de la loi.

315. Quant aux entrepreneurs et aux ouvriers, les observations que nous avons présentées en traitant de la conservation de leur privilége (*voy.* n[os] 276 et suiv.) subsistent sous la loi de 1855. Ce privilége, soumis qu'il est à la règle de l'art. 2106, est sans effet et n'existe même pas avant l'inscription du premier procès-verbal. L'inscription elle-même, pour qu'elle soit utile, doit être faite avant le commencement des travaux. La plus-value ne venant ainsi s'ajouter à la valeur de l'immeuble que postérieurement à l'inscription, le privilége est conservé par cette inscription même; et si l'immeuble passe des mains du propriétaire dans celles d'un tiers acquéreur, les ouvriers, encore en vertu de cette même inscription, viendront à l'ordre ouvert sur le prix et obtiendront la préférence sur la somme d'argent représentant la plus-value. Que si la vente a lieu au cours des travaux ou avant que les travaux achevés aient été reçus, il peut se présenter des hypothèses diverses : ainsi il peut se faire que l'acquéreur s'oppose à la continuation des travaux, ou au contraire qu'il consente à ce qu'ils soient parachevés. Mais dans ces situations, où l'intérêt des ouvriers se trouve en contact avec celui du tiers acquéreur, c'est plus particulièrement le droit de suite qui est en question. Nous y revenons à l'art. 2166. — Supposons maintenant que l'ouvrier ait négligé d'inscrire le procès-verbal avant le commencement des travaux, la transcription de la vente consentie par le propriétaire met obstacle à l'acquisition et à la conservation du privilége pour le droit de préférence comme pour le droit de suite.

316. Viennent enfin le vendeur et le copartageant. Ces créanciers privilégiés, on l'a vu, sont placés par la loi dans une position exceptionnelle. Quand la propriété est purgée, à l'égard des autres, par le seul effet de la transcription, elle ne l'est pas nécessairement, à l'égard du vendeur et du copartageant, même après la transcription, et leur privilége peut se produire encore pourvu que quarante-cinq jours ne se soient pas écoulés depuis qu'il a pris naissance. Ceci est une conquête de la discussion.

Le projet primitif, tel qu'il avait été adopté par le Conseil d'Etat, ne faisait pas de distinction. Le principe de la transcription translative y était posé dans toute sa rigueur, et, par conséquent, le projet disposait en ce sens que la transcription arrêterait le cours des inscriptions sans réserve aucune. Mais cela fut très-vivement attaqué. On demanda d'abord le maintien du délai de quinzaine que le Code de procédure avait consacré; et l'on se fonda pour cela sur les dangers que présenterait la transcription, à raison de la soudaineté même avec laquelle elle peut être faite, si elle était considérée comme un moyen de transmettre la propriété purgée, et de la transmettre ainsi instantanément avant même

qu'un premier vendeur eût eu le temps d'aviser à ce que sa propre vente fût rendue publique à l'effet d'acquérir et de conserver son privilége. A défaut de ce délai de quinzaine imaginé par les rédacteurs du Code de procédure et qui, à la vérité, ne s'accordait plus avec cet effet translatif que la loi nouvelle voulait donner à la transcription, on demanda que le créancier eût, pour inscrire son privilége acquis avant la vente, au moins soixante jours à partir de son propre titre; c'était le délai même que le Code accorde pour l'inscription du privilége du copartageant. Le sursis fut admis en principe; mais on en marchanda la durée, car on n'accordait d'abord que quinze jours; on alla jusqu'à trente, pour s'arrêter enfin aux quarante-cinq jours dont parle l'art. 6 de la loi.

On pourrait se demander pourquoi la disposition n'a pas été généralisée, et pourquoi, quand il a paru juste d'accorder cette faveur au copartageant et au vendeur, on ne l'a pas accordée également aux autres créanciers privilégiés pour lesquels elle aurait pu avoir aussi son avantage, sinon au point de vue du droit de préférence dont nous venons de parler, au moins au point de vue du droit de suite dont nous nous occupons à l'art. 2166. Peut-être n'y a-t-il pas d'autre raison de cela, sinon que le législateur n'a pas songé aux priviléges qui n'ont pas été rappelés dans la discussion, et qu'il s'est attaché uniquement à ceux qui se produisent le plus fréquemment et qu'on avait pris, dans le débat, à titre d'exemples pour mettre dans tout son jour la rigueur du projet primitif. Quoi qu'il en soit, le délai établi par la loi n'existe qu'en faveur du vendeur et du copartageant.

317. Quant au vendeur, nous rappelons encore que l'action résolutoire est liée au privilége, en sorte qu'elle s'éteint si le privilége vient à s'éteindre et ne peut plus être exercée au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, et qui se sont conformés aux lois pour les conserver. Ceci donne d'autant plus d'importance aux difficultés dans lesquelles l'existence et la conservation du privilége sont en question. Nous avons touché, dans nos précédentes observations, quelques points se rattachant à ces difficultés. (*Voy.* notamment au nº 261.) D'autres et de plus graves s'y rattachent encore, dans lesquels viennent se placer l'hypothèse de ventes successives et l'appréciation des effets de la transcription d'une vente par rapport à des ventes antérieures qui n'auraient pas été transcrites. Mais la difficulté en ceci intéresse d'une manière si grave le tiers acquéreur, que l'appréciation en trouvera mieux sa place dans nos observations sur le droit de suite.

318. Quant au copartageant, le *droit de suite* attaché à son privilége se conserve, ou du moins le droit de prendre inscription, nonobstant toute transcription, subsiste pendant les quarante-cinq jours qui suivent l'acte ou le jugement dans lequel le privilége a pris naissance. La faveur accordée au copartageant ne va pas au delà, en sorte que si, le privilége n'étant pas inscrit, l'immeuble grevé est vendu à un acquéreur qui fait transcrire le quarante-sixième jour, par exemple, à

partir du partage, l'inscription du privilége ne peut plus être faite, et le *droit de suite* est désormais perdu.

Mais la perte du droit de suite emporte-t-elle la perte du droit de préférence, en ce sens que le copartageant ne puisse pas, vis-à-vis des créanciers qui viendraient sur le prix, s'inscrire tant qu'il reste quelque chose à courir du délai de soixante jours accordé par l'art. 2109 du Code Napoléon? C'est une question que va faire naître le rapprochement du Code avec la loi nouvelle. En y regardant de près toutefois, la question n'est pas sérieuse. Sous le Code Napoléon, modifié par le Code de procédure, on admettait déjà que le copartageant qui ne prenait pas inscription dans la quinzaine de la transcription de la vente consentie par son copartageant, était privé du *droit de suite*, notamment du droit de surenchérir, mais que l'inscription prise après la quinzaine, pourvu qu'elle le fût dans les soixante jours, conservait le *droit de préférence* entre les créanciers (1). C'était une différence difficilement expliquée par ceux des auteurs qui avaient négligé de faire entre le droit de suite et le droit de préférence la distinction que nous regardons comme fondamentale. (*Voy.* n° 251.) Mais la différence était juste, et elle n'a pas cessé de l'être après la loi de 1855. Cette loi, faite dans le but avoué de hâter et d'assurer la libération de l'acquéreur, a été écrite, de même que l'art. 834 du Code de procédure, en vue du *droit de suite;* toute la discussion l'atteste. On ne peut donc la considérer, pas plus qu'on ne considérait l'art. 834 du Code de procédure, comme ayant abrogé les dispositions préexistantes de la loi sur le *droit de préférence.* Sans cela, il faudrait dire que le législateur de 1855 a sacrifié le droit légitime des copartageants à des droits qu'il regarde lui-même comme moins favorables, et qu'il a sacrifié ce droit sans profit aucun pour le but qu'il se proposait; car, quel obstacle apporterait à la libération de l'acquéreur, la faculté pour le copartageant d'inscrire son droit dans les quinze jours qui s'écouleront du quarante-cinquième au soixantième?

Ainsi, le droit de suite sera perdu par l'expiration du délai de quarante-cinq jours, et, sous ce rapport, le copartageant manquerait de prudence s'il ne prenait pas inscription avant l'expiration de ce délai. Mais le délai de soixante jours à dater du partage n'en subsistera pas moins pour l'inscription du privilége au point de vue du droit de préférence; et, les choses étant entières d'ailleurs, l'inscription, faite dans ce dernier délai, assure au copartageant son droit sur le prix, nonobstant l'aliénation et la transcription intermédiaires.

(1) *Voy.* Grenier (t. II, n° 400), Delvincourt (t. II, p. 146), MM. Persil (art. 2109, n° 9), Troplong (n°s 315 *bis* et suiv.).

CHAPITRE III.

DES HYPOTHÈQUES.

319. L'art. 2194, dont nous avons présenté le commentaire *suprà*, nos 20 et suivants, nous a signalé, sinon les deux seules, au moins les deux principales causes légitimes de préférence entre créanciers, c'est-à-dire les priviléges et les hypothèques. Le législateur s'est occupé d'abord des priviléges à ce point de vue du droit de préférence, dans le chapitre précédent; l'ordre logique des idées le conduisait à s'occuper ensuite des hypothèques : c'est l'objet du présent chapitre.

Ainsi, bien qu'il y ait, dans les dispositions contenues en ce chapitre, plusieurs énonciations que nous aurons bientôt à signaler comme convenant aux priviléges non moins qu'aux hypothèques, il est vrai de dire pourtant qu'ici le législateur a eu en vue les hypothèques seulement. Dans les chapitres ultérieurs, sa pensée, nous le verrons, embrassera les deux causes de préférence. Mais dans celui-ci, elle se restreint aux hypothèques, comme elle se restreignait aux priviléges dans le chapitre précédent. Et de même que ce dernier chapitre vient de nous dire, d'abord par forme de dispositions préliminaires, ce qu'est le privilége, quels en sont le caractère et les effets, et puis, dans quatre sections distinctes, quelles créances sont privilégiées, quelles choses peuvent être grevées, quelles règles doivent présider au classement des priviléges, et les conditions auxquelles ils s'acquièrent et sont conservés, de même le présent chapitre va nous dire maintenant, d'abord dans quelques dispositions préliminaires, ce qu'est l'hypothèque, quels en sont le caractère et les effets, quels biens en sont susceptibles, et ensuite, dans quatre sections distinctes, les caractères propres à chaque espèce d'hypothèque, les causes d'où elles peuvent procéder, la mesure dans laquelle elles affectent les biens de l'obligé, et le rang qu'elles ont entre elles. — Voyons donc quelle est, sur tous ces points, la théorie de la loi.

DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES.

DE L'HYPOTHÈQUE, DES CAUSES QUI LA PRODUISENT, ET DES BIENS QUI EN SONT SUSCEPTIBLES.

2114. — L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation.

Elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles.

Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent.

2115. — L'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi.

2116. — Elle est ou légale, ou judiciaire, ou conventionnelle.

2117. — L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi.

L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements ou actes judiciaires.

L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions, et de la forme extérieure des actes et des contrats.

SOMMAIRE.

I. Origine de l'hypothèque; de sa supériorité eu égard aux conventions analogues qui l'ont précédée. — Division.

II. Définition de l'hypothèque. Celle de l'art. 2114 est insuffisante ou incomplète, en ce qu'elle omet l'une des circonstances qui font distinguer l'hypothèque de l'antichrèse. — Celle de Pothier est préférable; toutefois elle doit être complétée aussi par le rappel du droit de suite et du droit de préférence qui caractérisent le droit du créancier hypothécaire et le font distinguer de celui des créanciers chirographaires.

III. Causes des hypothèques. — En thèse générale, les hypothèques ont une cause commune; c'est la loi. Mais leur cause immédiate est multiple : elles résultent soit de la loi, soit des jugements ou actes judiciaires, soit de la convention. — En outre, elles se divisent en spéciales et générales; mais la spécialité est propre aux hypothèques qui ont leur cause dans la convention, tandis que la généralité est le partage de celles qui, résultant soit de la loi, soit des jugements, procèdent plus ou moins directement de la volonté du législateur.

IV. Nature de l'hypothèque. — Prise en elle-même, l'hypothèque est une obligation accessoire : conséquences; renvoi. — Envisagée dans ses effets, elle est un *droit réel* et engendre un *droit indivisible*.

V. De l'hypothèque considérée comme *droit réel*. En quel sens il faut entendre cette qualification donnée à l'hypothèque par la loi. D'une part, elle signifie que l'hypothèque opère le démembrement du droit de propriété, et qu'elle appartient à la classe des biens immobiliers. Controverse sur l'un et l'autre point. — D'une autre part, elle indique que l'hypothèque est opposable à toute personne, aux autres créanciers du propriétaire de l'immeuble, d'où dérive le *droit de préférence*, comme aux tiers acquéreurs de cet immeuble, d'où dérive le *droit de suite*.

VI. De l'hypothèque considérée comme *droit indivisible*. Elle est, selon l'expression de la loi, indivisible de *sa nature;* toutefois il s'agit ici, non point d'une indivisibilité *naturelle* proprement dite, mais d'une indivisibilité purement *intentionnelle*. Conséquence : les effets de l'indivisibilité peuvent être modifiés et restreints; exemples. — L'indivisibilité de l'hypothèque ne produit pas l'indivisibilité de l'obligation principale : applications. — L'indivisibilité n'existe même pas entre l'hypothèque et l'obligation principale, en ce sens que l'hypothèque peut être cédée indépendamment de la créance à laquelle elle accède : la controverse qui existait à cet égard est virtuellement tranchée aujourd'hui par la loi du 23 mars 1855. — L'indivisibilité de l'hypothèque a lieu tant activement que passivement. — Des effets qu'elle produit, et spécialement du concours de l'hypothèque générale avec des hypothèques spéciales. — Discussion.

I. — 320. Dans l'ordre des sûretés réelles, l'hypothèque n'a pas été une création spontanée, une combinaison formée d'un seul jet; elle a été un progrès qu'on reconnaîtra aisément en se reportant aux conventions analogues qui l'ont précédée et d'où elle a tiré son origine.

A toutes les époques, nous l'avons montré plus haut (*voy.* n° 1), les biens d'un débiteur ont été engagés à la sûreté de ses créanciers; le sens intime et le droit naturel ont voulu que, corrélativement à l'obligation personnelle du débiteur et en conséquence de cette obli-

gation, naquit le droit pour le créancier de contraindre ce débiteur à remplir son engagement sur tous ses biens : c'est le droit de gage général, dont le principe est rappelé dans l'art. 2092, que nous avons expliqué. (Voy. *suprà,* nos 2 et suiv.)

Mais, quelque général qu'il soit, ce droit de gage, pourtant, est incertain et précaire. D'une part, les biens ne répondent de la dette qu'autant qu'ils sont dans le patrimoine du débiteur; et comme le droit purement personnel des créanciers ne fait pas que les biens soient indisponibles et inaliénables, il s'ensuit que le gage peut être incessamment amoindri ou même annihilé par les dispositions ou les aliénations que le débiteur aurait faites sans fraude. D'une autre part, le droit de gage général pèse sur les biens du débiteur au profit de tous les créanciers, et sans aucun égard à la date des créances; et comme les obligations souscrites par le débiteur ne sauraient faire obstacle à ce qu'il en souscrive de nouvelles, il s'ensuit que le gage peut s'amoindrir encore de cette façon, et devenir pour ainsi dire insignifiant pour chaque créancier, réparti qu'il doit être entre tous.

Il est aisé de comprendre que les créanciers vigilants ont dû chercher le moyen de mettre leur droit à l'abri de telles incertitudes. On a senti que, « pour la défiance des personnes, comme le dit Loyseau, il fallait faire obliger les choses; » qu'il fallait les engager en s'y assurant un droit réel, indépendant de l'obligation personnelle, susceptible d'écarter le concours des créanciers. Et dans cet ordre d'idées, le moyen le plus naturel, celui qui le premier dut se présenter à l'esprit, ce fut l'appréhension de la chose par le créancier, et le droit, pour lui, de la retenir jusqu'à ce que le débiteur eût satisfait à son obligation : c'était le nantissement. Appliqué d'abord aux choses mobilières, et réduit ainsi à un simple contrat de *gage,* le nantissement s'étendit ensuite, lorsque, suivant l'expression de Loyseau (1), « l'ambition des hommes étant augmentée à faire de grandes entreprises et contracter de plus grandes debtes, il fallut mettre la main aux héritages, et les engager aussi bien comme les meubles, c'est-à-dire les bailler et délaisser au créancier, pour en demeurer nanty et jouissant jusques à ce qu'il fust payé. » C'est l'ancien mort-gage ou antichrèse.

Mais l'antichrèse a ses périls et ses graves inconvénients. En dessaisissant le propriétaire de sa chose dont elle fait passer la possession aux mains du créancier, elle ne tient pas compte assez de l'intérêt du premier, et, au contraire, elle accorde trop aux droits du second. Elle a un autre tort, bien autrement grave : elle compromet le sort de la propriété et nuit au développement de l'agriculture : car on ne peut demander au créancier qu'il donne à la culture d'une terre par lui détenue passagèrement les soins qu'on peut toujours attendre du propriétaire, ni qu'il dépense pour cette terre les capitaux sans le secours desquels elle dépérit et reste inféconde. Il y avait donc à rechercher une combinaison meilleure et mieux faite pour concilier plus équita-

(1) *Voy.* Loyseau (*Du Déguerpissement,* liv. 3, chap. 1, n° 3).

blement les garanties dues au créancier avec l'intérêt de la propriété; et, le progrès aidant (1), on y arriva. C'est ce que Loyseau nous apprend encore. « Enfin, dit-il, par succession de temps, on trouva que c'étoit une grande incommodité que le propriétaire se dessaisist à tout propos de ses héritages, attendu la perte qu'il faisoit, pendant qu'ils étoient recueillis et gouvernez par autrui. C'est pourquoi on commença petit à petit, au lieu de bailler actuellement les héritages en gage et nantissement, de promettre simplement de les bailler et délaisser toutefois et quantes au créancier, en défaut de payement : de sorte qu'on les obligeoit à la debte par une simple convention, et le débiteur en demeuroit toujours saisi (2). » Cette combinaison nouvelle, qui, on le voit, se résume dans une sorte d'antichrèse *sans tradition*, c'est l'hypothèque que nos articles définissent, dont ils indiquent les causes diverses, dont ils font pressentir la nature, et dont ils précisent le caractère et les effets. Ce sont autant de points sur chacun desquels nous avons maintenant à nous arrêter.

II. — 321. L'hypothèque, nous dit l'art. 2114, est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Pour nous, qui considérons l'antichrèse comme constituant aussi un droit réel affectant la chose même, et qui n'avons pas admis que le droit résultant de l'antichrèse ait, ainsi que l'enseigne M. Troplong, un caractère purement personnel (voy. *suprà*, n° 21), la définition de l'art. 2114 est incomplète et insuffisante. Elle dit bien que l'hypothèque est un droit réel *sur les immeubles*, et par là elle montre la différence qu'il y a entre l'hypothèque et le *gage* proprement dit, lequel ne peut avoir pour objet que des choses mobilières. Mais elle ne dit pas que le débiteur reste en possession des immeubles affectés, ou du moins que la possession de ces immeubles ne passe pas aux mains du créancier, et en cela elle omet l'une des circonstances importantes de l'hypothèque, l'une de celles notamment qui la font distinguer du contrat d'antichrèse dont, suivant l'expression de M. Troplong, elle a été le perfectionnement ingénieux. Nous avons montré cela tout à l'heure, et Ulpien, dans la loi 9, § 2, ff. *De Pigneratitiâ actione, vel contrà*, le précise en ces termes : *Propriè pignus dicimus, quod ad creditorem transit : hypothecam, cum non transit, nec possessio, ad creditorem*. Il faut donc compléter la définition de notre article : à ce point de vue, nous accepterions de préférence celle de Pothier, suivant lequel l'hypothèque « est le droit qu'a le créancier dans *la chose d'autrui*, de la faire vendre en justice, pour, sur le prix, être payé de ce qui lui est dû (3). » Toutefois cette définition, bien qu'elle paraisse admise en ces termes par d'éminents jurisconsultes (4), est incomplète encore; et, pour plus de précision,

(1) On a dit avec raison que « l'antichrèse n'est pas un contrat de peuple civilisé. » *Voy*. M. Pougeard (*Explications à l'appui du projet de loi sur la réforme hypothécaire*, p. 4). *Voy*. aussi M. Troplong (*Préface du Nantissement*).
(2) *Voy*. Loyseau (*loc. cit.*, n° 4).
(3) *Voy*. Pothier (*Introd. au tit. 20 de la Cout. d'Orléans*, n° 1).
(4) *Voy*. MM. Zachariæ (t. II, p. 193, 2°), Troplong (n° 380).

nous y ramènerions deux circonstances importantes : l'une, que ce droit de poursuivre et faire vendre, le créancier peut l'exercer en *quelques mains qu'il trouve* l'immeuble affecté, en quoi le droit du créancier hypothécaire se distingue de celui du créancier chirographaire, qui, lui aussi, peut bien, s'il a un titre exécutoire, faire vendre les immeubles de son débiteur en vue du payement de ce qui lui est dû, mais qui ne le peut qu'autant qu'il trouve les immeubles en la possession du débiteur; l'autre, que le payement réclamé sur le prix, le créancier hypothécaire vient l'exiger, sinon à la date, au moins au rang déterminé par l'inscription de sa créance (voy. *infrà,* art. 2134) *par préférence et avec exclusion,* en quoi la position de ce créancier diffère encore de celle du créancier chirographaire, qui, s'il peut, après avoir fait exproprier son débiteur, se faire payer sur le prix, ne le peut du moins que sur ce qui reste de ce prix après l'acquittement des charges hypothécaires dont les immeubles étaient grevés, et encore sans aucune préférence vis-à-vis des autres créanciers chirographaires comme lui. (Art. 2093, *suprà,* n° 17.) Ces deux circonstances sont importantes, disons-nous; car en elles précisément se résument le droit de *préférence* et le droit de *suite,* qui sont les effets directs ou les conséquences du droit réel créé par l'hypothèque. C'est ce qu'on verra tout à l'heure, quand nous nous occuperons du caractère de ce droit. (*Voy.* n° 329.)

Avant cela, nous avons à parler des causes d'où procède l'hypothèque.

III. — 322. A un point de vue général, on peut dire que toute hypothèque procède de la loi, en ce sens que, s'agissant ici d'un droit complétement exceptionnel et exorbitant du droit commun, il faut, pour que la foi publique n'y soit pas trompée, que ce droit ne puisse se produire et l'existence en être reconnue que dans les cas précisément déterminés par la loi. L'art. 2115 a donc disposé avec raison que « l'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi. » Ainsi, il n'y a pas de droit hypothécaire possible en dehors de ces cas; l'analogie qui, dans telle ou telle matière donnée, peut amener à l'extension d'une disposition législative, est proscrite absolument en matière d'hypothèque; quelque prochaine qu'on puisse la supposer, elle reste impuissante à créer le droit hypothécaire, qui ne peut exister que dans les termes mêmes de la loi. Telle est incontestablement la pensée qu'exprime l'art. 2115, telle est la règle qu'il a voulu formuler; sans quoi la disposition en serait surabondante et absolument inutile, puisqu'il est de toute évidence qu'on ne peut acquérir aucun droit, en thèse générale (un droit quelconque, et non pas seulement le droit hypothécaire), si l'on n'est pas dans le cas de le réclamer et si l'on n'a pas accompli les formalités à l'observation desquelles l'acquisition du droit est subordonnée (1).

Ainsi, et en ce sens, il est vrai de dire que toutes les hypothèques procèdent d'une cause commune, qui est la loi. Mais les hypothèques

(1) *Voy.* M. Valette (n° 130).

ont une cause plus prochaine et plus immédiate, celle d'où elles découlent directement, et celle-ci est multiple. C'est ce qu'indique l'art. 2116, quand il nous dit que l'hypothèque « est ou légale, ou judiciaire, ou conventionnelle; » et l'art. 2117 complète l'indication, quand, en reprenant successivement les qualifications de l'article précédent, il ajoute :

1° Quant à l'hypothèque *légale,* que c'est celle *qui résulte de la loi;* par où il faut entendre que cette hypothèque a la loi pour principe, non pas seulement selon l'acception générale que nous venons de préciser, mais encore d'une manière principale et directe, en ce sens que l'hypothèque existe ici de plein droit au profit de certaines créances tellement favorables aux yeux du législateur qu'il a cru devoir y attacher la sûreté d'une hypothèque, indépendamment de toute manifestation de la volonté, par le créancier, d'obtenir cette sûreté, et, par l'obligé, de la consentir;

2° Quant à l'hypothèque *judiciaire,* que c'est celle *qui résulte des jugements ou actes judiciaires;* ce qui signifie qu'ici, encore indépendamment d'une manifestation de la volonté des parties et par l'autorité de la loi qui veut assurer l'exécution des décisions judiciaires, l'hypothèque résulte de tout jugement dont le dispositif condamne la partie à l'exécution d'une obligation, ou de tout aveu, de toute reconnaissance, de tout autre fait de même nature accompli devant les juges, constaté par eux, et impliquant l'existence d'une obligation;

3° Enfin, quant à l'hypothèque *conventionnelle,* que c'est celle *qui dépend des conventions et de la forme extérieure des contrats;* ce qui revient à dire que cette hypothèque, à la différence de l'hypothèque légale et de l'hypothèque judiciaire, ne peut exister que par l'accord des parties et en vertu de leurs consentements respectifs, pourvu, d'ailleurs, que cet accord et ces consentements soient constatés en la forme établie par la loi.

323. Du reste, l'hypothèque légale, l'hypothèque judiciaire, l'hypothèque conventionnelle, ont chacune leur section distincte dans le présent chapitre. C'est pourquoi, en suivant la marche tracée par la loi elle-même, nous nous en tenons ici à l'explication des termes par lesquels la loi a qualifié les causes diverses de l'hypothèque, réservant pour le commentaire des articles contenus aux trois sections qui vont suivre les développements que comporte chacune d'elles.

Notons seulement un point important qui tient encore à la cause des hypothèques, et sur lequel nous aurons des occasions fréquentes de revenir au cours de notre commentaire : nous voulons parler de la différence qui existe entre les diverses hypothèques sous le rapport de leur étendue, de leur portée, de la mesure dans laquelle elles affectent les biens de l'obligé.

L'hypothèque dont la cause est dans la convention des parties sera nécessairement *spéciale.* La loi n'admet d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui, soit dans le titre constitutif de la créance, soit dans un acte authentique postérieur, déclare spécialement la nature et

la situation de chacun des immeubles appartenant actuellement au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance. C'est en ces termes que l'art. 2129 (dont nous présentons plus loin le commentaire) pose le principe de la *spécialité*, principe fondamental dans le régime hypothécaire, principe éminemment salutaire, d'une part, en ce qu'il ménage le crédit du débiteur et éloigne le concours, sur un immeuble, de créances diverses, et dont le nombre même serait une cause de conflits entre les créanciers; d'une autre part, en ce qu'il permet de donner toute son efficacité à cet autre principe, également fondamental, de la publicité.

Mais quelque avantage que présente la spécialité, quelque désirable qu'il pût être d'en faire la règle absolue du régime hypothécaire, elle n'a été posée en principe que pour les hypothèques conventionnelles. Quant à l'hypothèque *légale*, elle n'a rien de spécial; la loi nous dit, au contraire, que le créancier qui a une hypothèque légale peut exercer son droit sur *tous* les immeubles appartenant à son débiteur, *et sur ceux qui pourront lui appartenir dans la suite*. (Art. 2122.) Et quant à l'hypothèque *judiciaire*, il en est de même; car la loi nous dit également que cette hypothèque peut s'exercer *sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir*. (Art. 2123.)

Il y a donc, dans le système de la loi, des hypothèques *générales* et des hypothèques *spéciales*. Nous verrons ultérieurement les conséquences pratiques de cette division (*voy.* nos 336 et suiv.); quant à présent, nous nous bornons à la constater, en ajoutant seulement, pour compléter nos indications touchant les causes de l'hypothèque, que la *spécialité* est propre à l'hypothèque procédant de la convention, du consentement exprès, de l'accord des parties, tandis que la *généralité* est le partage des hypothèques qui existent indépendamment de toute manifestation de la volonté des parties, soit que le législateur les fasse résulter directement de la loi, ce qui donne l'hypothèque qualifiée *légale*, soit qu'il les consacre comme résultant d'un acte judiciaire ou d'un jugement, ce qui donne l'hypothèque qualifiée *judiciaire*.

Ceci dit, il nous reste à déterminer la nature, le caractère et les effets de l'hypothèque; c'est en ceci particulièrement que nos articles donnent lieu à des observations importantes.

IV. — 324. A cet égard, l'hypothèque doit être envisagée successivement en elle-même et au point de vue du droit qu'elle engendre.

Sous le premier rapport, les développements qui précèdent ont fait voir que l'hypothèque n'est pas une obligation principale. Elle est, en effet, selon l'expression de Loyseau (1), une obligation accessoire ou subsidiaire de la chose pour confirmer et assurer la promesse et obligation de la personne qui est débitrice. C'est là la nature de l'hypothèque; et, soit qu'elle ait été donnée par le débiteur lui-même sur ses propres immeubles, soit qu'elle ait été donnée par un tiers sur des immeubles à lui appartenant pour garantir la dette du débiteur personnel, elle reste

(1) *Voy.* Loyseau (*Du Déguerpissement*, liv. 1, chap. 3, n° 11).

toujours obligation accessoire. — On aperçoit, sur ces seules observations, que cette première appréciation est particulièrement importante au point de vue de l'hypothèque conventionnelle. C'est, en effet, au sujet de l'hypothèque qui a sa cause dans la convention des parties que s'élèvent les questions auxquelles donne lieu le caractère d'obligation purement accessoire appartenant à l'hypothèque; là qu'il y a à fixer la mesure dans laquelle l'accessoire suit le sort du principal, soit que l'hypothèque ait été donnée par le débiteur lui-même, soit qu'elle ait été consentie par un tiers; là qu'il y a à déterminer l'influence que peuvent avoir sur l'hypothèque les modalités dont l'obligation principale serait affectée, et, à cette occasion, quels sont la portée et le rang d'une hypothèque accédant à une créance conditionnelle, spécialement à un prêt à effectuer ou à un crédit ouvert. Nous réservons donc pour la troisième section de ce chapitre, et notamment pour notre commentaire des art. 2125 et 2132, les discussions auxquelles donne lieu le caractère ou la nature de l'hypothèque envisagée en elle-même.

325. Envisagée dans ses effets, l'hypothèque est un *droit réel et indivisible*. Ceci ressort des termes mêmes de la loi, du texte de l'art. 2114, qui, d'une part, exprime, au paragraphe premier, que l'hypothèque est un *droit réel* sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation, et qui, d'une autre part, traduisant, dans son paragraphe second, cette formule de Dumoulin, si souvent reproduite : « *Est tota in toto, et in qualibet parte* (1), » dit que l'hypothèque subsiste *en entier* sur tous les immeubles affectés, *sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles.* — Mais il convient d'insister sur l'un et sur l'autre point : ils ont dans la matière une importance capitale, et l'un des deux, le second, a donné lieu à l'une des difficultés les plus ardues du régime hypothécaire.

V. — 326. L'hypothèque, disons-nous avec notre art. 2114, est un *droit réel*. Le privilége aussi, nous l'avons vu plus haut (n° 25), est constitutif d'un *droit réel* : et c'est ici l'un des points auxquels nous avons fait allusion tout à l'heure (n° 319), quand nous avons dit que notre chapitre, bien que disposant en vue des hypothèques seulement, contient pourtant certaines énumérations qui conviennent aux priviléges grevant les immeubles, non moins qu'aux hypothèques.

327. Quoi qu'il en soit, notre article nous dit que l'hypothèque est un *droit réel*. Et, dès l'abord, nous rencontrons une question qui, bien qu'elle soit considérée comme de pure théorie, et comme ne présentant pas un intérêt pratique appréciable, a soulevé, cependant, une controverse des plus animées. Il s'agit de savoir dans quel sens doivent être entendues les expressions dont se sert le législateur. On a dit, d'un côté, que ces mots *droit réel* sont synonymes de ceux-ci, *démembrement de propriété*, et qu'ainsi, dans la pensée de la loi, l'hypothèque constitue un démembrement de la propriété, aussi bien que l'usufruit, l'usage, l'habitation et les services fonciers. La propriété complète d'une chose, dit-on dans ce sens, est le droit réel le plus complet, le droit de disposer

(1) *Voy.* Dumoulin (*Extricat. labyrinthi divid. et individ.*, pars secunda, n° 91).

de cette chose de la manière la plus absolue, par conséquent d'en user, d'en jouir, de la détruire même, ou d'acquérir d'autres objets en l'aliénant; en un mot, d'en retirer toute l'utilité qu'elle peut procurer. Or, si un droit réel particulier, quelle qu'en soit d'ailleurs la nature ou l'importance, s'établit sur le même objet au profit d'un autre que le propriétaire, il est évident que le droit de celui-ci ne subsiste plus dans toute sa plénitude, qu'une partie en a été détachée à son détriment, et, par suite, que la propriété a été *réellement démembrée* lorsque ce droit réel particulier en a été retiré. Ainsi raisonne M. Valette, dont l'opinion est admise par la majorité des auteurs (1).

D'un autre côté, Marcadé a soutenu que l'hypothèque n'est pas un *jus in re*, un *droit dans la chose;* que, par cela même, elle n'est pas un démembrement de la propriété, *jus in re* et *démembrement de propriété* étant, à ses yeux, deux expressions synonymes. Et, seul contre tous les auteurs, tant anciens que modernes, il s'est attaché, dans une de ces dissertations si vives qu'il avait coutume d'écrire, à établir ce système, que l'hypothèque serait simplement un *jus ad rem immobilem,* et qu'elle constituerait uniquement, pour le créancier, le droit d'agir contre l'immeuble, *ad rem* ou *in rem immobilem,* comme il agit contre le débiteur personnel, *in personam,* afin d'obtenir son payement (2).

Enfin, dans un système intermédiaire, on dit que si l'hypothèque est un droit réel, aussi bien que l'usufruit, l'usage, l'habitation et les services fonciers, elle n'est pas, cependant, comme l'usufruit, l'usage, l'habitation et les services fonciers, un véritable démembrement de la propriété. Tel est l'avis de M. Demolombe, qui, divisant les droits réels en principaux et accessoires, place l'hypothèque, avec les priviléges et le nantissement, dans la seconde catégorie, parce que, dit l'éminent jurisconsulte, ces sortes de droits ne morcellent ou ne fractionnent pas le droit de propriété, que sans doute ils l'enveloppent et l'étreignent, si l'on peut ainsi dire, mais que par là ils entravent l'exercice du droit bien plutôt qu'ils ne le divisent entre le propriétaire de l'immeuble et le créancier (3).

Quand même ce point de droit ne présenterait, au fond, que peu d'importance; quand même la question qu'il soulève serait dans les mots plus que dans les idées, il y aurait intérêt à s'y arrêter. Car, on l'a dit avec raison, ce ne sont pas choses indifférentes que la justesse et l'exactitude du langage juridique; dans une certaine mesure, elles concourent à la rectitude de l'idée; et peut-être que bien des difficultés seraient aplanies, ou même ne se seraient pas produites en droit, si ceux qui en parlent la langue, et les maîtres eux-mêmes, avaient mis quelque sévérité à ne pas laisser s'y introduire des formes ambiguës ou des expressions im-

(1) *Voy.* MM. Valette (n° 124), Duranton (n° 241), Zachariæ (t. II, p. 98), Martou (n° 690). *Voy.* encore Dumoulin (*loc. cit.*). Pothier, et MM. Delvincourt, Battur, Tarrible, Persil et Troplong, sans s'expliquer précisément sur la question, qualifient tous cependant l'hypothèque de *jus in re*, de *droit dans la chose.*

(2) *Voy.* Marcadé (t. II, n°s 300 et 301).

(3) *Voy.* M. Demolombe (*Cours de Code Napoléon*, t. IX, n°s 471 et 472).

propres qui y entretiennent le vague et parfois y répandent l'obscurité.

D'abord il nous est impossible d'admettre la théorie de notre si regrettable antécesseur. Quelque effort qu'il ait pu faire, il n'a pas effacé ces expressions, *droit réel,* dont se sert la loi pour qualifier l'hypothèque, ni ce droit de *suite* qu'engendre l'hypothèque, et qui est si nettement indicatif de l'*action réelle*. Ces expressions, qui conviennent à tous les démembrements de la propriété, ne répondent donc en aucune manière à l'idée qui s'attache à ce *jus in rem* ou *ad rem* dont le législateur n'a parlé nulle part et auquel, cependant, Marcadé ramène toute sa théorie.

D'un autre côté, si avant que nous allions dans la pensée de la loi, nous n'y pouvons trouver la trace de la distinction des droits réels en principaux et accessoires, proposée par M. Demolombe. Sans doute, nous admettons bien que le droit réel qualifié hypothèque affecte la propriété autrement que les droits réels rangés par notre auteur dans la catégorie des droits réels *principaux*. Mais ces droits principaux eux-mêmes, qui tous constituent bien, aux yeux de M. Demolombe, de véritables démembrements du droit de propriété, n'agissent pas tous, cependant, sur la propriété, et ne la restreignent pas de la même manière. Par exemple, il est de toute évidence que lorsque l'usufruit, qui consiste à retirer de la chose, sans en altérer la substance, tout le bénéfice, toute l'utilité et tout l'agrément qu'elle peut procurer, est séparé de la propriété, le droit du propriétaire s'en trouve affecté et restreint tout autrement qu'il ne le serait par l'établissement, sur son fonds, de servitudes dont l'effet serait de lui enlever seulement le droit de disposer de sa chose, sinon d'une manière absolue, au moins partiellement et quant à certains actes. La servitude, cependant, est un démembrement du droit de propriété, aussi bien et au même titre que l'usufruit. Par où l'on voit qu'il ne suffit pas que l'hypothèque agisse sur le droit de propriété autrement que l'usufruit et les servitudes pour qu'on en doive conclure qu'elle ne constitue pas elle-même un démembrement de ce droit tout comme les servitudes et l'usufruit. La question est toujours de savoir si elle affecte la propriété et la restreint en une manière quelconque. Or, sur ce point, la loi fournit des données tellement précises que le doute ne nous semble pas possible.

Qu'est-ce, en effet, que la propriété? C'est, d'après l'idée qu'en donne l'art. 544 du Code Napoléon, la faculté de jouir et de disposer des choses d'une manière absolue et exclusive. Elle se résume ainsi dans la triple faculté de jouir, de disposer et d'aliéner, et, par cela même, elle implique le droit, pour le propriétaire, d'exclure tout acte ou toute entreprise qui pourrait faire obstacle à l'exercice de l'une ou de l'autre de ces facultés. Est-ce là la situation du propriétaire dont les immeubles sont grevés d'hypothèque? Evidemment non; car, ainsi que M. Valette en a fait la très-juste remarque, ce propriétaire est empêché de faire subir des modifications aux immeubles, en tant que ces modifications seraient nuisibles à l'hypothèque; car ce n'est pas à lui, mais plus particulièrement au créancier, qu'appartient désormais, du moins jusqu'à concur-

rence du montant de sa créance, le droit de transformer en argent les immeubles grevés; car, si le propriétaire avait vendu lui-même sans le consentement du créancier, celui-ci ne serait pas tenu d'accepter le contrat, autorisé qu'il serait à requérir la revente aux enchères publiques. (Code Napoléon, art. 2185.) Il n'est donc pas possible de dire que ce propriétaire a le plein et libre exercice du droit de propriété, l'exercice de ce droit avec la triple faculté de jouir, d'aliéner, de disposer, qu'il comporte, et avec la faculté corrélative de s'opposer à toute entreprise par laquelle un autre que lui voudrait faire à sa place des actes de jouissance, d'aliénation ou de disposition. Or ces entraves, que le propriétaire souffre dans l'exercice de son droit, elles sont l'effet de l'hypothèque. Il est donc vrai que l'hypothèque, tout comme l'usufruit, l'usage, l'habitation, la servitude, retire quelque chose aux prérogatives de la propriété. Et comment alors ne constituerait-elle pas, aussi bien que l'usufruit, l'usage, l'habitation, les servitudes, un démembrement du droit de propriété?...

328. Mais il faut aller jusqu'au bout dans cette appréciation; et nous considérons comme une grave inconséquence, très-justement relevée par Marcadé (*loc. cit.*), de dire que l'hypothèque est un droit *dans* l'immeuble, un droit réel constituant un démembrement de la propriété, et d'affirmer en même temps qu'elle appartient à la classe des biens purement *mobiliers*. C'est pourtant l'opinion dominante dans la doctrine. Si l'on excepte quelques auteurs en très-petit nombre qui, conséquents avec eux-mêmes, voient dans l'hypothèque un bien *immobilier* précisément parce qu'elle est un *jus in re,* un droit *réel,* un droit *dans* un héritage (1), tous admettent simultanément les deux idées contradictoires et inconciliables que nous venons de rappeler (2). M. Valette lui-même, celui de tous les auteurs assurément qui a le mieux défendu l'opinion qui montre l'hypothèque comme constituant un démembrement du droit de propriété, ne nous semble pas avoir évité la contradiction. « Il ne faut pas perdre de vue, dit-il, que l'hypothèque, droit réel sur un immeuble, n'est que l'accessoire d'une créance. Or cette créance est presque toujours mobilière, car presque toujours elle a pour objet une somme d'argent. (*Voy.* art. 529.) C'est ainsi que, en sens inverse, on peut supposer (ce qui à la vérité sera fort rare) qu'une créance immobilière, par exemple, de tant d'hectares de terre, soit garantie par un droit de gage mobilier, véritable accessoire de cette créance. Sans doute, pour apprécier la validité d'une hypothèque conventionnelle, il

---

(1) *Voy.* MM. Zachariæ (t. II, p. 98), Martou (n° 691).

(2) *Voy.* MM. Delvincourt (t. III, *Notes sur l'art. 2118*), Persil (art. 2118, n° 10), Demante (t. I, p. 525), Duranton (t. XIX, n° 241), Tessier (*Quest. sur la Dot,* n° 111), Troplong (*Du Louage,* n° 17). — *Voy.* cependant l'opinion émise par ce dernier auteur dans son *Comment. du Contr. de Mar.* (n° 3265). — M. Demolombe enseigne également que l'hypothèque est un bien *mobilier* (t. IX, n° 472. *Voy.* aussi t. VII, n° 660); mais la proposition, chez lui, se concilie avec la solution qu'il donne à la question précédente, puisque l'un des motifs qui le déterminent à considérer l'hypothèque comme ne constituant pas un démembrement du droit de propriété est précisément l'impossibilité qu'il trouve à voir en elle un bien *immobilier*.

faut *considérer* si le propriétaire avait la capacité d'*aliéner* l'immeuble qu'il veut *grever*, car la constitution de l'hypothèque est une sorte d'aliénation partielle. (*Comp.*, art. 2124.) Mais une fois l'hypothèque établie, elle n'est pour le créancier qu'un accessoire de sa créance. Ainsi, par exemple, cette créance étant mobilière, l'hypothèque qui s'y rattache sera transmise avec elle au légataire des biens meubles; de même elle tombera dans l'actif de la communauté entre époux (*voy.* art. 1401, 1°), etc. (1). »

A la vérité, M. Valette ne formule pas nettement et directement, dans tout ceci, cette proposition : l'hypothèque est un bien purement mobilier. Toutefois telle paraît bien être sa pensée, quand on remarque son insistance à relever et à mettre en lumière le caractère de l'hypothèque, obligation simplement accessoire, eu égard à la créance dont l'hypothèque a pour objet d'assurer le payement, et comment il s'autorise de la nature de cette créance, laquelle est presque toujours mobilière, puisqu'elle a presque toujours une somme d'argent pour objet, pour rendre communs à l'hypothèque les effets juridiques qui atteignent la créance en raison de son caractère purement mobilier.

Mais l'argumentation est loin d'être décisive, et nous allons voir tout à l'heure comment M. Valette lui-même en affaiblit l'autorité. Avant tout, envisageons l'hypothèque en elle-même et abstraction faite de la créance à laquelle elle accède. Peut-on dire que ce soit là un bien purement mobilier? Et comment le pourrait-on? L'hypothèque, nous venons de le voir, et la loi elle-même nous l'a dit, est un droit *réel*, un droit *dans* un immeuble; elle est un démembrement de la propriété; elle retire au propriétaire et retient pour elle quelques-unes des prérogatives dont l'ensemble constitue le droit de propriété dans sa plénitude. Comment donc ne serait-elle pas un bien immobilier?...

Aussi, voyez la jurisprudence! Sans doute elle offre peu de précédents; mais voici ce qu'elle a dit dans les rares occasions qu'elle a eues d'apprécier isolément le droit hypothécaire. Dans une espèce, la femme d'un négociant tombé en faillite intervient au concordat obtenu par son mari, y adhère, et consent à ce que les créanciers envers lesquels elle s'est obligée conservent leurs droits contre elle. Plus tard, la séparation de biens ayant été prononcée entre les époux, la femme vient, en vertu de son hypothèque légale, exercer, sur les immeubles, la reprise de sa dot constituée : on lui oppose son intervention au concordat et les renonciations qu'elle a consenties; mais en vain : la Cour d'Orléans, et la Cour de cassation après elle, décident que le concordat peut bien s'appliquer aux valeurs mobilières, mais que le mari a en outre des immeubles, et qu'il y a, dans la garantie hypothécaire qui permet à la femme d'atteindre ces immeubles, un droit que le concordat ne détruit pas, la femme n'ayant pas eu, d'ailleurs, capacité pour en consentir l'abandon (2). Dans une autre espèce encore, et bien plus décisive, le

(1) *Voy.* M. Valette (n° 124, *in fine*).
(2) Req., 2 mars 1840. *Voy.* l'arrêt à sa date au *Journal du Palais*.

subrogé tuteur d'enfants mineurs intervient, dans l'intérêt de ces derniers, au concordat obtenu par leur père, et, dûment autorisé à y intervenir par une délibération spéciale du conseil de famille, il consent, ainsi que les autres créanciers, la réduction de la créance à 10 pour 100, de sorte que les mineurs n'auraient eu à prétendre que 1,760 fr. au lieu de 17,600 qui leur étaient dus du chef de leur mère décédée. Plus tard, et après une nouvelle faillite, les immeubles du failli ayant été saisis et mis en vente par les créanciers, en état d'union, les mineurs produisent à l'ordre ouvert sur le prix et y sont colloqués au premier rang pour la somme de 17,600 fr. garantie par l'hypothèque légale. La collocation est attaquée, en ce que la créance avait été réduite à 1,760 fr. par le concordat auquel avaient pris part les mineurs représentés par le subrogé tuteur; mais en vain : la prétention est rejetée par les premiers juges; elle triomphe, à la vérité, devant les juges d'appel; mais elle est définitivement écartée par la Cour suprême, qui, cassant l'arrêt infirmatif, décide que le vote du subrogé tuteur au concordat n'a pu, alors même qu'il avait été autorisé par le conseil de famille, réagir sur les droits hypothécaires des mineurs, quand le subrogé tuteur n'avait pas rempli les formalités prescrites, soit par les art. 457 et 458 du Code Napoléon, relatifs aux aliénations de biens immobiliers de mineurs, soit par les art. 467 et 2045 concernant les transactions qui les intéressent (1).

Voilà quelques données de la jurisprudence : elle reconnaît donc, ce qui est dans la vérité même des choses, que ce droit hypothécaire qui s'attache à la propriété immobilière, qui en est une partie, puisqu'il en opère le démembrement, doit être rangé lui-même dans la catégorie des biens immobiliers.

Eh bien, rapprochons maintenant l'hypothèque de la créance qu'elle garantit. Qu'en va-t-il résulter? Le caractère du droit en sera-t-il changé? Ce droit passera-t-il de la classe des immeubles dans celle des meubles? Oui, dit-on; car l'hypothèque est l'accessoire d'une créance, c'est-à-dire d'une valeur qui est ordinairement mobilière : il faut bien qu'elle soit elle-même un bien mobilier, comme cette valeur. Mais, n'en déplaise aux partisans de cette doctrine, nous trouvons qu'en ceci ils font une application fort inexacte de la règle que l'accessoire suit le sort du principal; et M. Valette, qui paraît admettre aussi la déduction, fait lui-même, ce nous semble, à la règle une brèche profonde. Ne parle-t-il pas, en effet, d'une créance *immobilière* (la créance de tant d'hectares de terre) garantie par un gage *mobilier?* Et ne dit-il pas en même temps que le droit de gage est là un *accessoire véritable* de la créance? Il reconnaît donc, dans le cas supposé par lui, que l'obligation principale ne communique pas sa propre nature à l'obligation accessoire, nonobstant la règle que l'accessoire suit le sort du principal : et en vérité, il ne pourrait pas ne pas le reconnaître; car y a-t-il une hypothèse quel-

(1) Cass., 18 juill. 1843. *Voy.* M. Dalloz, nouv. édit., v° Minorité, Tutelle, Émancipation, n° 514.

conque où il puisse devenir raisonnable de dire que le gage, c'est-à-dire le nantissement d'une chose mobilière, doit être rangé dans la classe des biens immobiliers? Mais s'il en est ainsi dans cette hypothèse, il n'en doit pas être autrement dans l'hypothèse inverse, cela est évident. Si une créance immobilière ne communique pas son caractère, sa qualité de bien immeuble, au droit de gage qui y serait attaché accessoirement, si la règle que l'accessoire suit le sort du principal est sans influence aucune dans ce cas, se peut-il que la règle agisse, au contraire, dans le cas inverse où la créance mobilière est garantie par un droit qui se classe dans la catégorie des biens immobiliers? La vérité est que la règle d'après laquelle l'accessoire suit le sort du principal a sa portée qu'il ne faut pas étendre. Elle aura pour effet de faire tomber, par nullité ou extinction, une convention accessoire, si la convention principale à laquelle elle accédait vient elle-même à être annulée ou à s'éteindre, parce qu'il n'est pas possible de concevoir une obligation accessoire subsistant seule et survivant à l'obligation principale à laquelle elle avait été attachée. (Voy. *infrà*, sur l'art. 2132.) Mais il n'y a aucun motif pour que la règle agisse en ce sens que l'obligation principale doive, au point de vue de la distinction des biens, communiquer sa nature ou imprimer son caractère à l'obligation accessoire, parce que la coexistence de deux obligations ayant chacune une nature ou un caractère différent, quoique l'une soit liée accessoirement à l'autre, se conçoit à merveille, et que la raison n'en est offensée en aucune façon.

Et maintenant que l'hypothèque, accessoire d'une créance mobilière, passe, avec cette créance, dans l'actif d'une communauté entre époux, que fait cela à la doctrine que nous défendons? Sans doute l'hypothèque est acquise à la communauté : nous avons admis cela (1), et nous l'admettons bien encore. Mais pourquoi? Est-ce, comme le suppose M. Valette, parce que l'hypothèque prend un caractère mobilier de son accession à une créance mobilière? Nullement. C'est parce que l'hypothèque n'est pas séparée (en général du moins, car il faut voir ce que nous disons *infrà*, n° 334) de la créance qu'elle garantit, et que, ne pouvant d'un autre côté, elle qui n'est qu'accessoire, empêcher la créance, qui est le principal, d'entrer dans la communauté où la fait tomber l'art. 1401 du Code Napoléon, il faut bien qu'elle l'y accompagne. Mais, remarquons-le, ce n'est pas une valeur distincte qui entre ainsi dans la communauté, et voilà pourquoi il n'y a pas à se préoccuper du point de savoir si, prise isolément, elle devrait, en raison de sa nature, entrer dans la communauté ou en être exclue. Ce qui tombe dans le fonds commun, c'est uniquement la créance à laquelle l'hypothèque est attachée; quant à l'hypothèque, elle n'y passe que comme un moyen d'assurer le recouvrement de cette créance, comme y passerait toute autre sûreté réelle, par exemple, un droit d'antichrèse ou une délégation sur le prix d'un immeuble, comme y passerait également toute

(1) *Voy.* notre explication du régime de la communauté, dans le *Traité du Contrat de Mariage*, que nous avons publié avec M. Rodière, t. I, n° 327.

sûreté personnelle, par exemple, la contrainte par corps à laquelle le débiteur se serait soumis, ou le cautionnement qu'un tiers aurait consenti. Rien donc ne fait obstacle à ce que l'hypothèque reste dans son caractère de bien immobilier, alors même que la créance à laquelle elle accède tombe, comme valeur mobilière, dans la communauté entre époux; et à ce point de vue pas plus qu'à aucun autre notre solution ne nous semble infirmée.

329. Ainsi, quand la loi nous dit que l'hypothèque est un *droit réel* sur les immeubles affectés, elle nous dit, par cela même, que l'hypothèque constitue un démembrement de la propriété, et par suite qu'elle appartient à la catégorie des biens immeubles. Tout cela, à nos yeux, est compris dans cette qualification de *droit réel* qui, ainsi, nous sert à caractériser l'hypothèque.

Ajoutons maintenant que cette même qualification indique l'importance du droit hypothécaire, et fait pressentir les conséquences qu'il engendre. L'hypothèque est un *droit réel;* donc elle est un droit absolu, opposable à tous, non-seulement aux créanciers du propriétaire des immeubles grevés de l'hypothèque, mais encore aux tiers détenteurs de ces immeubles. C'est là ce qu'on exprime dans la pratique lorsqu'on dit que l'hypothèque engendre à la fois un droit de *préférence* et un droit de *suite :* un droit de préférence, au moyen duquel le créancier hypothécaire obtient avant tous créanciers chirographaires et avant tous créanciers hypothécaires postérieurs son payement sur le prix des immeubles affectés; un droit de suite, en vertu duquel la charge reste sur les immeubles et les suit en quelques mains qu'ils passent, par suite des aliénations qu'en aurait pu faire le débiteur.

Le dernier de ces droits, qui est commun aux hypothèques et aux priviléges sur les immeubles, est organisé par les art. 2166 et suivants du Code Napoléon; mais il est expressément formulé dans le troisième paragraphe de notre article 2114, et c'est ici encore l'une de ces énonciations (dont nous avons parlé au n° 319) qui, quoique faites en vue de l'hypothèque seulement, conviennent aussi aux priviléges (sur les immeubles); quant au premier, il est annoncé dans les dispositions générales de notre titre (art. 2093 et 2094), et réglé ensuite par les art. 2134 et suivants. — Nous n'insistons, quant à présent, ni sur le droit de préférence, qui est le droit essentiel résultant de l'hypothèque, ni sur le droit de suite, qui constitue, pour l'hypothèque, l'une de ses conditions d'efficacité; et, sans entrer dans des détails qui appartiennent naturellement au commentaire des articles indiqués, nous passons à l'*indivisibilité* de l'hypothèque.

VI. — 330. L'hypothèque est indivisible (art. 2114); le privilége est indivisible aussi : et voici une nouvelle énonciation qui, quoique faite dans le chapitre spécial aux hypothèques, convient également à chacune de ces deux causes légitimes de préférence; si bien que, dans l'enquête administrative de 1840, il fut proposé de retrancher de l'art. 2114 le deuxième alinéa, pour le reporter à l'art. 2094, compris parmi les dis-

positions générales (1). — Quoi qu'il en soit, pourquoi, en quel sens, dans quelle mesure, l'hypothèque est-elle indivisible? En quoi consiste son indivisibilité, et quels en sont les effets? Ce sont autant de questions que nous avons à résoudre.

331. Notre art. 2114 nous dit que l'hypothèque est indivisible *de sa nature*. Ceci tout d'abord a besoin d'être expliqué. Si la loi avait entendu dire que l'indivisibilité du droit hypothécaire est une indivisibilité *naturelle*, c'est-à-dire l'indivisibilité qu'il faut nécessairement reconnaître dans tout droit dont on ne saurait concevoir la division par fractions égales ou inégales, par exemple, le droit résultant d'une servitude de passage, elle se serait méprise assurément. Car si l'on ne conçoit pas un droit de passage conférant au propriétaire du fonds dominant la faculté de passer pour une moitié, pour un tiers, pour un quart, sur le fonds servant, on comprendrait très-certainement, au contraire, un droit d'hypothèque se divisant, si l'immeuble sur lequel il est établi vient à être divisé lui-même, et subsistant sur chaque fraction de l'immeuble proportionnellement à cette fraction, pour moitié, si l'immeuble est divisé en deux parts égales, pour un tiers, si les parts égales sont au nombre de trois, etc. Ce n'est donc pas d'une indivisibilité *naturelle* proprement dite qu'il s'agit ici; et la loi n'aurait pu l'entendre ainsi, sans encourir le reproche que Dumoulin adressait aux anciens docteurs et aux gloses pour l'avoir pris en ce sens : *abusivè loquuti sunt*.

De quoi s'agit-il donc? Consultons encore Dumoulin. « Nos autem, dit-il, propriè et adæquatè loquendo, prout recta doctrina exigit, dicimus hypothecam *merè quidem dividuam esse tam* ex parte creditoris, quam debitoris, ut dictum est, *sed non dividi;* quia licet lex duodecim tabularum ipso jure tam activè quam passivè dividat nomina, seu debitum sortis principalis, tamen *ut non dividit conditiones, ita non dividit pignus, vel hypothecam seu ejus luitionem. Et sic de se remanet indivisum tam activè quam passivè* (2)... » Ainsi, quoique l'hypothèque soit *divisible* de sa nature (*merè*), elle ne doit pas être divisée, pas plus que le nantissement, parce qu'il faut assimiler le nantissement et l'hypothèque aux conditions, et qu'à l'égal des conditions qui ne doivent pas être divisées, l'hypothèque, qui constitue à vrai dire la condition même de l'obligation à laquelle elle accède, ne doit pas non plus être divisée.

Ceci nous montre bien comment l'hypothèque est indivisible, et ceci donne en même temps à l'expression de la loi sa portée véritable. L'hypothèque est indivisible par l'*intention* des parties. Il est, en effet, dans la volonté du créancier hypothécaire, de celui qui stipule une hypothèque comme de celui qui la tient de la loi, que la charge pèse sur tout et sur chaque partie de l'immeuble affecté, et que, jusqu'au moment où il aura reçu son payement intégral, l'hypothèque se maintienne entière

(1) *Voy.*, dans les Documents publiés en 1844 (t. III, p. 236), les Observations de la Faculté de droit de Caen.

(2) Dumoulin (*Extric. laby. div. et indiv.*, pars 3, n° 27 et 28).

et indivise sur tous les immeubles grevés, sur chacun et sur chaque partie de ces immeubles, en telle sorte qu'une fraction quelconque, si minime qu'elle soit, ne puisse être distraite et séparée sans que l'hypothèque suive cette partie et y demeure attachée pour le tout (1). Il s'agit donc d'une indivisibilité purement *intentionnelle,* et non de l'indivisibilité *naturelle* proprement dite. Mais l'intention, ici, est tellement inhérente à l'obligation, elle est tellement habituelle, que la loi, comme le dit très-exactement M. Rodière, dans son Traité de l'*Indivisibilité* (n° 466), l'a formulée en règle générale, et que, prenant une expression selon la signification acceptée parfois dans le langage, elle a dit de l'hypothèque qu'elle est indivisible *de sa nature,* comme on dit de la garantie qu'elle est *de la nature,* mais non pas *de l'essence* de la vente.

332. Et précisément parce que l'indivisibilité de l'hypothèque est purement *intentionnelle,* rien ne s'oppose à ce que les effets en puissent être restreints par la volonté des parties : aussi voit-on que la loi elle-même ouvre, dans certains cas, l'action en restriction des hypothèques et celle en réduction des inscriptions. (Voy. *infrà,* art. 2143, 2144, 2161.) Il y a mieux encore : les parties pourraient convenir que si l'immeuble hypothéqué venait à être partagé entre les héritiers du propriétaire, chacun d'eux ne serait tenu hypothécairement que dans la mesure de son obligation personnelle, ou que si une moitié de l'immeuble était vendue par le débiteur, l'hypothèque serait restreinte à l'autre moitié restant aux mains de ce dernier. De même le débiteur, qui aurait la pleine propriété d'un immeuble, pourrait stipuler que l'hypothèque par lui consentie à son créancier portera sur l'usufruit seulement : la solution contraire, qui, jusqu'à un certain point, s'induit d'un arrêt de la Cour de cassation (2), est sans aucun fondement ; car si celui qui possède une chose dans toute l'étendue du droit de propriété peut la scinder et aliéner l'usufruit, simple démembrement de sa chose, en conservant la nue propriété, il a par cela même le droit, en retenant et l'usufruit et la nue propriété, de n'engager que l'usufruit en faveur d'un créancier.

Mais, notons-le bien, il ne s'agit dans tout ceci que de restrictions mises par les parties à l'hypothèque ; les conventions dont nous parlons n'impliquent rien de plus. Il faut donc regarder comme inexacte l'ob-

(1) Dumoulin (*loc. cit.*, n°s 29, 30, 31). — *Voy.* aussi M. Troplong (n° 388).

(2) Cet arrêt, à la date du 12 avril 1836, a jugé, en cassant la décision contraire des juges du fond, que l'hypothèque consentie collectivement par l'usufruitier et par le nu propriétaire, sans distinction entre l'usufruit et la nue propriété, conserve effet sur l'usufruit, comme sur la nue propriété, même après annulation ultérieure, pour fraude, du contrat en vertu duquel possédait le nu propriétaire, s'il est reconnu ou jugé que, par suite de cette annulation, l'usufruitier n'a pas cessé d'avoir la propriété pleine et entière de l'immeuble hypothéqué. Ce n'est pas, on le voit, directement du moins, la solution ci-dessus indiquée ; mais cette solution est, jusqu'à un certain point, supposée, en ce que l'idée que l'hypothèque, dans l'espèce, devait porter à la fois sur la nue propriété et sur l'usufruit, semble avoir eu pour point de départ cette autre idée, fausse selon nous, que l'on ne peut hypothéquer l'usufruit de sa propre chose. *Voy.* du reste, en ce sens, la note qui accompagne l'arrêt, dans la Collection Sirey-Devilleneuve (36, 1, 366).

servation des auteurs qui présentent toutes ces conventions comme autant d'*exceptions* ou de *dérogations* à la règle de l'indivisibilité (1). La vérité est que, même si elle est restreinte à un immeuble quand elle en aurait pu atteindre plusieurs, ou à une portion déterminée de tel immeuble quand elle aurait pu grever cet immeuble en totalité, l'hypothèque n'en reste pas moins indivisible, en ce sens qu'elle s'attache à tout et à chaque partie de ce qui a été grevé. Ainsi, jusqu'au moment où le créancier aura reçu son payement intégral, l'hypothèque subsistera entière et indivise sur tout et sur chaque partie de l'immeuble ou de la portion d'immeuble auquel le créancier a voulu se restreindre, en sorte que pas une fraction, si minime qu'elle soit, ne pourra être distraite sans que l'hypothèque suive cette fraction et y demeure attachée pour le tout. C'est bien là l'indivisibilité.

333. Dans le système de la loi, l'indivisibilité de l'hypothèque ne fait aucun obstacle à la division de l'obligation principale, si cette obligation est divisible. Ainsi, il y aura division de plein droit, soit entre les créanciers ou les débiteurs simplement conjoints, soit entre les héritiers du créancier ou du débiteur.

De là deux conséquences, entre autres, qu'il est important de rappeler.

En premier lieu, l'exercice de l'action hypothécaire contre un seul des héritiers du débiteur, qui peut bien interrompre la prescription même de l'action personnelle contre cet héritier *jusqu'à concurrence de sa part dans la dette commune* à laquelle il est tenu conjointement avec ses cohéritiers, n'interrompt pas la prescription pour ce qui excède la part de cet héritier, et à plus forte raison il n'interrompt pas la prescription de l'action personnelle contre les autres héritiers pour leur part. Nous trouvons une application de ceci dans un arrêt duquel il résulte que le cohéritier qui, de son chef et pour sa part, ne peut opposer la prescription à un créancier hypothécaire de la succession, parce qu'il a reconnu la dette, peut néanmoins opposer la prescription du chef et pour la part de son cohéritier, s'il en est devenu cessionnaire (2). — On ne rencontre, en effet, dans la loi aucune disposition qui, établissant entre l'action personnelle et l'action hypothécaire la corrélation que quelques textes ont mise, soit entre les débiteurs solidaires, soit entre le débiteur principal et la caution (art. 1206 et 2250), ait disposé que l'exercice de l'une de ces actions conserverait l'autre. Notre conséquence est par cela même justifiée; et d'ailleurs elle a été déduite et assez complétement développée par Marcadé dans son Commentaire des art. 873, 1199, 1206, 1225, 2249 et 2250, pour que nous n'ayons pas à y insister davantage.

En second lieu, l'héritier du débiteur, bien qu'il soit obligé hypothécairement pour le tout, peut offrir au créancier le payement de la part

(1) *Voy.* MM. Troplong (n° 391), Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 453, 454).
(2) Req., 12 fév. 1829. — *Voy.* aussi MM. Troplong (*Prescript.*, n°s 658 et suiv.; *Priv. et hyp.*, n° 878 *bis*), Rodière (*De l'Indivisib.*, n° 470). — Mais *voy.* M. Vazeille (*De la Prescr.*, n° 244).

qu'il doit personnellement, et le créancier ne serait pas fondé à refuser cette part. De même, et réciproquement, tout héritier du créancier peut demander au débiteur, avant le partage de la succession, sa part et portion virile des créances de cette succession, sans qu'il ait à justifier d'autre chose que de sa qualité d'héritier, de la quotité de son droit (1), et de l'existence de ce droit, qui pourrait, en effet, être anéanti sur les valeurs de la succession, à cause des rapports dont il serait débiteur. (*Comp.*, art. 869.) Toutefois, sur ce dernier point, on a prétendu que le débiteur, quand il est ainsi contraint à un payement partiel qui n'en laissera pas moins les immeubles grevés de l'hypothèque pour la sûreté du surplus de la dette, peut au moins exiger que les héritiers s'accordent entre eux pour recevoir leur dû en même temps, et de manière à affranchir les immeubles par une mainlevée complète de l'hypothèque. Mais la prétention a été justement rejetée : la Cour de cassation, à laquelle elle a été soumise, a dit avec toute raison « que l'indivisibilité de l'hypothèque a été établie dans l'intérêt du créancier, et qu'il n'appartient pas au débiteur de la tourner contre lui pour l'empêcher de recevoir son payement; que si un créancier hypothécaire vient à décéder, laissant plusieurs héritiers, il n'existe ni principe, ni loi, qui oblige ces héritiers à se réunir pour recevoir leur payement en commun, afin de donner au débiteur main-levée entière de l'hypothèque; que chaque cohéritier a, au contraire, le droit d'exiger sa part virile, sans s'inquiéter du fait de ses cohéritiers, sauf à lui à faire disparaître l'inscription hypothécaire en ce qui le concerne; et que c'est au débiteur qui a intérêt à dégrever la propriété pour le tout à faire les diligences nécessaires pour s'affranchir et se libérer à l'égard de tous (2). »

334. Non-seulement l'indivisibilité de l'hypothèque ne produit pas l'indivisibilité de l'obligation principale, mais encore il n'y a pas indivisibilité entre l'hypothèque et cette obligation principale, en ce sens que la première peut être cédée indépendamment de la seconde. Ainsi a jugé la Cour de Bourges (3), et la Cour de Caen a poussé la solution aussi loin que possible en décidant que le privilége lui-même, c'est-à-dire une cause de préférence qui tient exclusivement à la *qualité* de la créance et semble ainsi n'en devoir pas être séparée, peut être cédé indépendamment de cette créance, et spécialement, que la cession ou subrogation dans son privilége, consentie par le vendeur non payé au profit d'un tiers, créancier de l'acquéreur, jusqu'à concurrence de la créance de ce tiers, confère à celui-ci tous les droits de préférence attachés au privilége cédé (4). — Ceci, néanmoins, a été un sujet de très-grave controverse.

Précisons d'abord les données de la pratique; nous y trouvons trois conventions distinctes qui touchent à ce point, et entre lesquelles, ce-

---

(1) *Voy.* Bourges, 6 août 1828; Paris, 10 janv. 1831; Grenoble, 8 juin 1847; Req., 9 nov. 1847 (Dev., 30, 2, 74; 31, 2, 176; 48, 2, 178, et 1, 280).

(2) *Voy.* l'arrêt du 9 novembre 1847, que nous citons à la note précédente.

(3) Bourges, 20 juill. 1832 (Dev., 33, 2, 626).

(4) Caen, 11 mars 1854 (Dev., 55, 2, 69).

pendant, il existe d'assez notables différences : ce sont la cession de créance, la cession d'antériorité, et la cession d'hypothèque. Par la première de ces conventions, l'hypothèque, accessoire de la créance, est comprise dans la cession de cette créance qu'elle suit, et à laquelle elle continue de rester attachée; rien n'est changé dans les choses, il y a seulement un titulaire nouveau de la créance à la place de l'ancien titulaire : par la seconde, l'hypothèque subsiste encore avec tous ses effets, au moins vis-à-vis de tous autres que celui à qui l'antériorité a été cédée; mais il y a une interversion de rangs qui fait que le cessionnaire, créancier hypothécaire lui-même, prend la place du cédant, ou plutôt échange son rang avec celui du cédant, dans la mesure de ce qui est dû à celui-ci, de telle sorte que la différence qui pourrait exister en plus ou en moins entre sa créance et celle du cessionnaire, ne nuit ni ne profite aux créanciers intermédiaires, étrangers à la convention : par la troisième, enfin, l'hypothèque se détache de la créance qui, ainsi, devient simplement chirographaire d'hypothécaire qu'elle était, et va s'adjoindre à une autre créance qui, au contraire, cesse d'être chirographaire pour devenir hypothécaire.

De ces trois conventions, les deux premières sont acceptées sans difficulté; nous aurons à nous en occuper, et particulièrement de la seconde, quand nous parlerons du rang des hypothèques entre elles. Quant à la troisième, la seule que nous ayons en vue actuellement, celle qui a été expressément validée par les Cours de Bourges et de Caen, il faut reconnaître qu'au premier aperçu elle frappe par ce qu'elle présente de très-étrange. Théoriquement, on a quelque peine à comprendre la cession d'une hypothèque distinctement de la créance dont elle est l'accessoire, et l'on est tenté de dire, avec M. Zachariæ et ses annotateurs, MM. Aubry et Rau, dont l'opinion, d'ailleurs, est partagée par d'excellents esprits, que « la relation qui existe entre une hypothèque et la créance pour sûreté de laquelle elle est établie est tellement intime, que l'hypothèque ne peut être considérée comme ayant une existence propre, qui permette de la séparer de la créance à laquelle elle est attachée, pour la joindre à une autre (1). » C'est même cette idée qui paraît avoir dominé aux diverses époques où il a été question, en France, de la réforme du régime hypothécaire. Ainsi, lors de l'enquête administrative ouverte en 1841, trois facultés de droit seulement s'occupèrent de ce point, celles de Rennes, de Caen et de Strasbourg, et une seule, la première, admit qu'une telle convention est licite, tandis que les deux autres déclarèrent qu'elle est essentiellement contraire aux principes et en opposition avec les données du droit hypothécaire (2). — De même, en 1849, quand les projets de réforme ont été soumis à l'Assemblée législative, le résultat a été plus significatif encore. La cession d'hypothèque avait été admise en principe dans le projet du Gou-

(1) *Voy.* M. Zachariæ (t. II, p. 215 et note 1re). — *Junge :* MM. Gauthier (*Des Subrogat.*, nos 562 et suiv.), Mourlon (*ibid.*, p. 578 et suiv.), Berthauld (*De la Subrogat* n° 3), Benech (*Du Nantiss.*, nos 18 et suiv.).

(2) *Voy.* les *Documents* publiés en 1844 (t. II, p. 471).

vernement (1). Mais le projet, en ce point, fut vivement attaqué, et par la commission du Conseil d'Etat, et par celle de l'Assemblée législative. Une pareille cession, disait-on au Conseil d'Etat, « ne se conçoit pas; l'hypothèque isolée ne peut être la matière d'une vente. Le possesseur d'un immeuble, qui a grevé son bien en vue d'une dette qui lui est propre ou qu'il cautionne, aurait trop à souffrir si l'hypothèque qu'il a consentie comme accessoire était transférée et rattachée à une créance à laquelle il serait lui-même étranger; on doit donc exprimer formellement la faculté de céder la créance hypothécaire, mais non la faculté de céder l'hypothèque comme un droit distinct et détaché de l'obligation (2). » A l'Assemblée législative, on s'exprimait dans le même sens (3). Et conformément à ces observations, la disposition du projet avait été remplacée par des textes qui n'admettaient la cession d'hypothèque que comme conséquence de la cession de la créance même dont l'hypothèque fait la sûreté.

Mais, au fond, et en y regardant de près, on voit que ces appréciations manquaient de justesse. D'abord, elles allaient contre la tradition; la très-ancienne doctrine relevée avec soin par M. Benech dans Olea, Merlinus, Neguzantius, Barthole, s'était préoccupée de la cession d'hypothèque; cette convention avait soulevé quelques résistances sans doute, mais enfin l'opinion dominante s'était formée en ce sens qu'il n'y avait pas indivisibilité nécessaire entre l'hypothèque et la créance, et par suite que la première pouvait être cédée indépendamment de la seconde (4), sauf cette réserve, toutefois, que si la créance venait à s'éteindre dans les mains du cédant, l'hypothèque cédée devait s'éteindre elle-même aux mains du cessionnaire (5). — Contre ces mêmes appréciations s'élevait ensuite l'autorité de la pratique; car, à partir du jour où notre droit coutumier a été sans action, les praticiens ont recouru à cette cession d'hypothèque dont les anciens auteurs avaient admis la validité; c'est par là qu'ils ont ressaisi ou plutôt remplacé cette faculté consacrée par le droit coutumier, mais refusée par la loi nouvelle (voy. *infrà*, art. 2118, n° VI), de donner une hypothèque en sous-ordre sur la première hypothèque : et la *cession* d'hypothèque, ou la subrogation dans l'hypothèque, s'était introduite ainsi dans les usages sans y rencontrer jamais ni opposant, ni contradicteur. — Et puis enfin, au fond, le silence de la loi et la liberté des conventions prêtaient à la tradition et à la pratique un appui très-puissant. En définitive, où était le texte d'où l'on pût induire la prohibition de céder l'hypothèque distinctement de la créance principale? Il n'y en avait pas. Pourquoi donc l'hypothèque n'aurait-elle pas pu être cédée? Après tout, elle est un droit réel, un

---

(1) Art. 2130 du Projet. — *Voy.* le Rapport fait par M. Persil au nom de la commission instituée par le Président de la République (p. 98).

(2) *Voy.* le Rapport de M. Bethmont (p. 50).

(3) *Voy.* le Rapport de M. de Vatimesnil (p. 80).

(4) *Voy.* M. Benech (*loc. cit.*, n° 18) et les auteurs qu'il cite.

(5) Cette réserve a été consacrée dans notre droit actuel par un arrêt de la Cour d'Orléans, du 16 mars 1849 (Dev., 49, 2, 449). Nous verrons ce qu'il en faut penser quand nous traiterons de l'hypothèque légale.

droit appréciable; elle est, comme le dit la Cour de Bourges dans l'arrêt déjà cité, susceptible de toutes les stipulations; elle peut donc faire l'objet d'une cession, car il impliquerait que celui qui aurait la faculté de disposer, par cette voie, de la créance entière, ne pût pas disposer de l'hypothèque seulement, c'est-à-dire de ce qui n'est qu'un émolument, un accessoire de la créance. Sans doute, nous l'avons dit déjà (*voy.* n° 328), et nous y reviendrons sous l'art. 2132, une obligation accessoire ne se conçoit pas sans une obligation principale à laquelle elle se rattache : mais il ne s'agit pas de cela ici; car si la cession d'hypothèque détache l'obligation accessoire de l'obligation principale, c'est, non point pour la laisser isolée et lui donner une existence propre, mais pour la rattacher à une autre obligation principale. Nous avons donc deux obligations réunies; et l'hypothèque se retrouve dans sa condition d'obligation accessoire par rapport à une créance dont elle a pour objet d'assurer le payement (1).

Quoi qu'il en soit, ce point de droit est aujourd'hui à l'abri de toute controverse par l'effet de la loi du 23 mars 1855, dont l'art. 9 suppose que l'hypothèque peut être cédée principalement et indépendamment de la créance dont elle est l'accessoire. La question est donc tranchée (2). A la vérité, il s'agit dans cet article particulièrement de l'hypothèque légale de la femme. Mais qu'importe? La loi parle de cette hypothèque parce que c'est à son occasion que les conventions de l'espèce se produisent habituellement; mais l'induction qui se tire du texte n'en a pas moins une portée absolue. Car si la femme peut *céder* son hypothèque légale ou y *renoncer* en faveur d'un créancier, quelle apparence y a-t-il que les autres titulaires d'une hypothèque ne le puissent pas faire également? Il faut dire, au contraire, qu'ils le peuvent à plus forte raison; le doute, s'il en devait exister, se produirait moins à leur égard qu'à l'égard de la femme qui, tenant son hypothèque d'une faveur toute spéciale de la loi, pouvait être considérée comme moins libre d'en disposer. La question est donc tranchée d'une manière absolue, et désormais on peut dire avec certitude qu'il n'y a pas indivisibilité entre l'hypothèque et la créance, entre l'obligation accessoire et l'obligation principale. Nous aurons à revenir sur cette règle dont les applications, comme nous l'avons indiqué, ne se produisent, à vrai dire, qu'à l'occasion de l'hypothèque légale de la femme.

335. L'indivisibilité établie par la loi porte donc seulement sur l'hypothèque elle-même. Mais, comme l'a dit Dumoulin (voy. *suprà*, n° 331), l'indivisibilité existe tant activement que passivement : *et sic de se remanet indivisum (pignus vel hypotheca) tam activè quam passivè.*

Par exemple, Paul a sur Pierre une créance de 10,000 fr., garantie par une hypothèque qui grève l'un des immeubles appartenant à ce dernier; il meurt, laissant après lui deux héritiers, Jacques et Joseph,

(1) *Voy.* MM. Championnière et Rigaud (*Tr. des droits d'enreg.*, n° 1135), Valette n° 128), Troplong (*De la Transcript.*, n° 323 et suiv.), Martou (n° 174).
(2) *Voy.* cependant M. Benech (*loc. cit.*, p. 77).

entre lesquels la créance se divise par moitié. Joseph, pressé d'argent, obtient de Pierre le payement des 5,000 fr. formant sa part. Qu'advient-il de l'hypothèque originaire? Joseph pourra-t-il, à cause du payement partiel qu'il a reçu, affranchir pour toute la créance quelques-uns ou quelques parties des immeubles hypothéqués? Non, car l'indivisibilité de l'hypothèque ayant lieu activement, l'hypothèque, quoique réduite quant au chiffre, existe entière, pour la somme restant due, en faveur de chacun des créanciers entre lesquels la créance s'est divisée, et Joseph, dans l'espèce, ne peut pas l'amoindrir au préjudice de Jacques. Celui-ci a donc, pour garantie de sa part dans la créance, l'entier immeuble, comme si Pierre n'avait rien payé; en sorte qu'advenant l'insolvabilité de Pierre, Jacques pourra saisir l'immeuble qui avait été grevé d'hypothèque, et le faire vendre en totalité, pour être payé de ce qui lui reste dû. « Totus tamen fundus... vendetur... pro residuo debito, et sic pignoris vigor, vinculum et luitio, nec ex parte quidem creditoris dividitur, sed ejus virtus indivisa manet (1). »

Par exemple encore, Paul, débiteur envers Pierre d'une somme de 10,000 fr, pour sûreté de laquelle il a hypothéqué sa maison de Versailles, meurt, laissant après lui deux héritiers, Jacques et Joseph, entre lesquels la dette se divise. Survient le partage, et Joseph y reçoit la maison de Versailles en totalité. En cet état, Pierre, n'étant pas payé de sa créance, engage son action hypothécaire pour le tout contre Joseph, détenteur de l'immeuble grevé de son hypothèque. Celui-ci veut arrêter l'action hypothécaire, et, dans cette vue, il offre les 5,000 fr. formant la part héréditaire dont il est tenu dans la dette de 10,000 fr. Est-il fondé? Non, car l'indivisibilité de l'hypothèque ayant lieu passivement, le gage ne peut pas être morcelé et purgé partiellement (2). C'est du reste une application du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, que le Code a faite lui-même lorsqu'il a dit, dans l'art. 873, que « les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession personnellement pour leur part et portion virile, et hypothécairement pour le tout (3). » (*Voy.* là-dessus le commentaire de Marcadé sur l'art. 873, n° 4.) L'article réserve, il est vrai, aux héritiers leur recours, soit contre leurs cohéritiers, soit contre les légataires universels, à raison de la part pour laquelle ils doivent contribuer aux dettes et charges de la succession. Mais il faut noter que ce recours fût-il, par une circonstance quelconque, dans le cas de ne pouvoir pas être exercé ou d'être exercé sans aucune utilité, le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque n'en subsisterait pas moins intact; et c'est avec toute raison que la Cour de cassation, en jugeant que lorsqu'un immeuble est hypothéqué en totalité au service d'une rente, le créancier a droit de poursuivre le payement total contre chaque propriétaire partiel de l'immeuble, a ajouté que le propriétaire partiel assigné ne peut exci-

(1) Dumoulin (*loc. cit.*, n° 28). *Voy.* aussi l'arrêt déjà cité du 9 nov. 1847.
(2) *Voy.* Cass., 4 mai 1812; Rej., 9 janv. 1810.
(3) *Voy.* d'autres applications dans les art. 1009, 1012 et 1221, n° 1, du Code Napoléon.

per de ce que, même par un événement de force majeure, par exemple le fait du gouvernement, il est privé de son recours contre les codébiteurs hypothécaires (1).

Par exemple enfin, Jacques, Joseph et Pierre ont contracté conjointement vis-à-vis de Paul une dette de 60,000 fr. qui se divise entre eux, et Jacques a consenti une hypothèque sur ses immeubles. A l'échéance, Joseph et Pierre ne sont pas en mesure de payer la part dont chacun d'eux était tenu; Jacques seul peut payer la sienne, et il la paye; puis il prétend que ses immeubles sont par cela même dégagés et que Paul ne le peut plus poursuivre hypothécairement. Est-il fondé? Non, car à défaut d'une convention expresse, il faut dire que Jacques, dans l'espèce, est censé avoir accordé l'hypothèque pour toute la créance, bien que personnellement il ne fût tenu que d'une part (2), en sorte que l'hypothèque étant indivisible passivement, les immeubles de Jacques demeurent affectés en totalité tant qu'il reste à lui payer une portion quelconque de la créance. Nous trouvons une application remarquable en ce sens du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, dans un arrêt de la Cour de cassation. Dans l'espèce, les débiteurs avaient chargé leur mandataire de faire en leur nom un emprunt et d'hypothéquer en garantie tous les immeubles qui leur appartenaient. Le mandataire fit l'emprunt, en effet, et obligea solidairement ses mandants au remboursement, avec constitution d'hypothèque sur plusieurs de leurs immeubles. Mais les mandants, excipant de ce que le mandataire avait excédé ses pouvoirs en les obligeant solidairement, demandèrent la nullité de l'obligation en ce qui touchait la stipulation de la solidarité, et en outre ils prétendirent que l'hypothèque ne grevait leurs immeubles respectifs que proportionnellement à leur part dans la dette commune. Le créancier acquiesçait à la demande en ce qui touche la solidarité, mais il soutenait énergiquement que par suite de son indivisibilité, l'hypothèque devait porter pour le tout sur chacun des immeubles hypothéqués; ce système prévalut devant les juges du fond, qui effacèrent la solidarité, mais qui crurent devoir maintenir l'indivisibilité de l'hypothèque dans le sens où cette indivisibilité était indiquée par le créancier. Ainsi, il fut admis dans l'espèce que l'hypothèque constituée pour sûreté d'une dette, qui désormais devait être considérée comme divisible entre les débiteurs, sur des immeubles appartenant aux uns et aux autres, doit grever pour le tout les immeubles des uns et des autres, et non pas seulement pour la part et portion de chacun des débiteurs. Mais la constitution de l'hypothèque justifiait cette interprétation dans l'espèce : aussi un pourvoi en cassation a-t-il été dirigé sans succès contre la décision des juges du fond. Les débiteurs ont eu beau soutenir devant la Cour suprême que si l'hypothèque est indivisible, en ce sens que la totalité de la part afférente dans la dette à chacun d'eux

(1) Cass., 6 mai 1818.
(2) *Voy.* M. Rodière (*Tr. de l'Indivisib.*, n° 407).

dût porter sur la totalité de leurs immeubles respectifs, l'indivisibilité ne pouvait aller, en présence de la décision qui avait fait tomber la solidarité, jusqu'à ce point que toute la dette pût être hypothéquée sur les immeubles de chacun d'eux. La Cour de cassation n'en a pas moins maintenu l'application du principe de l'indivisibilité telle qu'elle avait été faite par l'arrêt attaqué (1), et telle qu'elle devait être faite au vu d'une convention qui, ne contenant aucune disposition restrictive, laissait les immeubles soumis au plein et entier exercice de l'action hypothécaire du créancier.

Ce sont là des conséquences toutes simples du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, conséquences qui s'expliquent tout naturellement par l'intention des parties et aussi par le caractère de l'hypothèque, qui est un droit réel.

336. Arrivons maintenant à d'autres hypothèses; nous allons rencontrer l'une des complications les plus graves du régime hypothécaire.

Pierre, propriétaire de trois immeubles, un bois, un champ, une maison, a été condamné à payer une somme de 10,000 fr. à Paul, qui, en vertu du jugement de condamnation, a fait inscrire son hypothèque judiciaire en janvier 1850. A quelque temps de là, Pierre emprunte de Jacques une somme de 10,000 fr., à la sûreté de laquelle il affecte hypothécairement son bois, et Jacques prend inscription en janvier 1851. Plus tard encore, Pierre fait un nouvel emprunt de 10,000 fr., qui lui sont prêtés par Joseph, auquel il donne, sur son champ, une hypothèque qui est inscrite en janvier 1852. Ainsi, les immeubles de Pierre sont grevés de trois hypothèques : la première, judiciaire, et par conséquent générale (voy. *suprà*, n° 323), qui s'étend aux trois immeubles au profit de Paul; les deux autres, conventionnelles, par conséquent spéciales (voy. *ibid.*), dont l'une affecte le bois spécialement au profit de Jacques, et dont l'autre grève le champ en faveur de Joseph.—En cet état, il est procédé sur Pierre à la saisie de son bois, qui est adjugé moyennant une somme de 15,000 fr. Paul vient à l'ordre ouvert sur le prix, et il y réclame les 10,000 fr. garantis par son hypothèque générale. Le peut-il? Et Jacques, dont l'immeuble exproprié sur Pierre était le gage spécial, pourra-t-il écarter Paul et exiger, soit qu'il divise son droit, soit qu'il le fasse valoir sur la maison du débiteur, libre de toute hypothèque spéciale, et suffisante pour répondre des sommes garanties par l'hypothèque générale?

En pure théorie, ceci semble ne présenter aucune difficulté. L'hypothèque n'est-elle pas *indivisible* de sa nature? Ne subsiste-t-elle pas, suivant l'expression de la loi, *sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles?* Comment donc un créancier pourvu d'une hypothèque spéciale pourrait-il exiger du créancier porteur d'une hypothèque générale que celui-ci divise son droit de manière à l'exercer partiellement sur l'immeuble dont le prix est en distribution, ou qu'il en suspende l'exercice de manière à se réserver

(1) Req., 31 janv. 1844 (Dev., 44, 1, 398).

pour les autres immeubles du débiteur? Evidemment, le créancier à hypothèque générale sera fondé à répondre que son hypothèque s'étendant à tous les immeubles de ce débiteur, on ne peut le renvoyer de l'un aux autres sans mettre à son droit une restriction que ne comportent en aucune manière les dispositions de la loi.

La Cour de Paris a jugé, à la vérité, par un arrêt déjà fort ancien, que, dans le cas donné, le créancier peut être contraint à diviser son hypothèque, « attendu, a-t-elle dit, que si les créanciers ayant une hypothèque sur tous les biens pouvaient épuiser la totalité du prix de l'un d'eux dont l'ordre serait ouvert le premier, il en résulterait que les hypothèques spéciales données sur le même bien deviendraient illusoires et sans effet, en sorte que la foi des créanciers serait trompée, tandis que les biens situés dans d'autres départements se trouveraient libérés des hypothèques générales, ce qui serait contraire à l'équité (1). » Mais cet arrêt n'a pas fait et ne pouvait pas faire jurisprudence. La Cour de Paris elle-même n'a pas tardé à reconnaître que toute suspension ou toute division imposée au créancier dont la créance est garantie par une hypothèque générale, première en date dans l'ordre des inscriptions, est inconciliable avec le droit absolu, indépendant et indivisible, que lui donne son hypothèque; elle n'a pas tardé à reconnaître que ce créancier ne peut pas être contraint à se livrer à une discussion qui retarderait son payement ou à entreprendre des poursuites nouvelles dans lesquelles il consommerait et du temps et des frais, quand il a sous la main des sommes liquides sur lesquelles un créancier postérieur en date serait, cependant, payé avant lui (2). Il a donc été admis que le créancier ayant hypothèque sur plusieurs immeubles peut, par une conséquence directe du principe de l'indivisibilité, exercer la totalité de son droit sur un seul d'entre eux, sans que les créanciers mêmes spéciaux inscrits après lui puissent le contraindre à agir autrement, et en particulier à diviser sa créance et son droit hypothécaire. On conçoit à peine que cette solution ait été mise en doute; quoi qu'il en soit, elle est constante aujourd'hui en jurisprudence (3), et les arrêts la font prévaloir même dans le cas où le créancier à hypothèque générale procède dans son propre intérêt et au préjudice d'un autre créancier ayant une hypothèque spéciale sur l'immeuble dont le prix est en distribution, par exemple lorsqu'il a lui-même une hypothèque spéciale sur un autre immeuble du débiteur, laquelle serait inefficace en tout ou en partie, si la collocation de sa créance garantie par l'hypothèque générale était faite sur le prix de cet immeuble (4).

---

(1) Paris, 5 avr. 1811.

(2) Paris, 24 nov. 1814.

(3) *Voy*. C. de Cass., 4 mars 1833, 24 déc. 1844, 16 août 1847; Toulouse, 25 juin 1827; Bordeaux, 26 fév. 1834; Montpellier, 20 juill. 1843; Riom, 10 juill. 1846; Grenoble, 14 avr. 1848 (Dall., 33, 1, 125; 36, 2, 101; *J. P.*, 1845, t. I, p. 98; 1846, t. II, p. 427; 1847, t. II, p. 621; 1850, t. I, p. 205).

(4) Bourges, 30 avr. 1853 et 18 janv. 1854; Cass., 18 déc. 1854, 29 janv. 1855, 3 mars 1856 (*J. P.*, 1853, t. II, p. 228; Dev., 54, 2, 97; 55, 1, 82 et 247; 57, 1, 55). — *Voy*. cependant Metz, 14 fév. 1854 (Dev., 56, 2, 205).

337. Mais que va-t-il résulter de cette application du principe de l'indivisibilité? La conséquence se montre nettement dans l'hypothèse que nous faisions tout à l'heure : on y voit que Joseph, celui des créanciers hypothécaires de Pierre qui a prêté le dernier, pourra, cependant, être payé de ses 10,000 fr., tandis que Jacques, dont le titre était antérieur à celui de Joseph, perdra tout ou partie de sa créance, puisque le prix de son gage spécial va être absorbé en très-grande partie par l'hypothèque générale de Paul, qui, au lieu de diviser son droit et de l'exercer proportionnellement sur les trois immeubles de son débiteur, a voulu être payé en totalité sur le bois dont ce dernier a été exproprié. Voilà donc le résultat : le créancier dont l'hypothèque spéciale est primée par l'hypothèque générale perdra son gage; et n'ayant pas de droit par hypothèque sur les autres biens du débiteur, il verra des créanciers spéciaux comme lui, inscrits, à la vérité, sur d'autres immeubles, mais à une date plus récente, remboursés de leur créance sur le prix de ces immeubles désormais affranchis de l'hypothèque générale, grâce à son propre gage dont le prix a servi à désintéresser l'hypothécaire général! Et si nous ajoutons que cette conséquence, qu'il faut bien absoudre (quoique au premier abord elle paraisse peu équitable), lorsque le créancier n'use du droit résultant de son hypothèque générale que dans un intérêt légitime, peut se produire par l'effet d'un concert frauduleux, d'un arrangement fait avec ce créancier, et plus ou moins chèrement payé par le créancier à hypothèque spéciale qu'elle favorise, on n'aura pas de peine à s'expliquer qu'à toutes les époques la situation ait vivement préoccupé les esprits, et que bien des tentatives aient été faites, bien des tempéraments proposés en vue de concilier l'intérêt du créancier à hypothèque spéciale avec le droit résultant de l'hypothèque générale, sans laisser prise aux combinaisons de la mauvaise foi. Mais y a-t-il, dans l'état actuel de la législation, de tempéraments possibles? Y en a-t-il au moins pour toutes les situations qui peuvent se présenter? Sur ce point s'est formée une jurisprudence dont les monuments sont fort nombreux, et qu'il est difficile d'apprécier sainement, si l'on ne distingue les hypothèses diverses dans lesquelles peut se produire le concours des hypothèques.

338. Pour nous arrêter d'abord à l'hypothèse la plus simple, nous prenons le cas dans lequel un seul des immeubles du débiteur est saisi et vendu, cas avec lequel se confond, du moins au point de vue des combinaisons que nous avons à apprécier, celui où plusieurs immeubles étant saisis et vendus en même temps, la distribution du prix se fait dans des ordres distincts.

Cette première hypothèse, en particulier, paraît avoir été dans les prévisions de tous aux diverses époques où il a été question, en France, de retoucher au régime hypothécaire tel qu'il a été constitué par le Code Napoléon.

Ainsi, en 1841, quand le gouvernement consulta les Cours et les Facultés de droit, sur les modifications qu'il se proposait d'introduire dans ce régime, la difficulté fut nettement envisagée, et de

toutes parts on exprima le vœu qu'elle fût tranchée par la loi elle-même, qu'elle ne demeurât pas livrée en quelque sorte au caprice des parties intéressées ou aux arrangements plus ou moins avouables qui pourraient intervenir entre elles. Il serait sans intérêt d'entrer dans le détail des combinaisons diverses qui furent imaginées alors; le lecteur pourra les suivre dans les documents qui ont été publiés en 1844 par les soins de M. le garde des sceaux; nous constatons seulement que parmi les moyens proposés, la subrogation légale obtint le plus grand nombre de suffrages. Treize Cours et deux Facultés de droit proposaient, en effet, de dire que ceux dont le gage spécial aurait servi à désintéresser le créancier à hypothèque générale seraient subrogés, par une disposition formelle de la loi, aux droits de ce créancier, sans que néanmoins la part de chacun pût excéder soit le montant de sa créance hypothécaire, soit le produit de la vente du bien grevé de son hypothèque spéciale (1).

Plus tard, en 1851, le moyen de la subrogation légale prévalut également dans la discussion qui s'éleva au sein de l'Assemblée législative. Les premiers projets gardaient cependant le silence sur la difficulté, dont il semble que l'on ne s'était pas préoccupé tout d'abord; mais elle surgit dès la première lecture, et donna lieu à une discussion dont le résultat a été formulé en un article que l'on retrouve en ces termes dans le projet préparé pour la troisième lecture : « Le créancier ayant » hypothèque sur plusieurs immeubles, ne peut, à peine de dommages- » intérêts, soit renoncer à son hypothèque sur un de ces immeubles, » postérieurement à la saisie immobilière par lui pratiquée ou à la som- » mation à lui faite de prendre communication du cahier des charges, » soit s'abstenir de produire à l'ordre ouvert sur le prix de l'un desdits » immeubles, si cette renonciation ou cette abstention a pour but de » favoriser un créancier au détriment d'un autre créancier dont l'hypo- » thèque est plus ancienne. — Le créancier hypothécaire qui a été primé » dans un ordre par un autre créancier ayant hypothèque sur plusieurs » immeubles est, de plein droit, subrogé à cette hypothèque, mais seu- » lement à la date de sa propre hypothèque, et sans que cette subroga- » tion puisse excéder le montant de la créance par laquelle il a été » primé. — Les mêmes règles s'appliquent aux priviléges sur les im- » meubles (2). » Ainsi, c'est la subrogation légale qu'en 1851, comme en 1840, on se proposait d'introduire dans nos codes.

339. Et puisqu'on s'est proposé de l'y introduire, c'est donc à dire qu'elle n'y était pas. Il s'est trouvé pourtant des auteurs et des arrêts qui, ne voulant pas admettre que la loi ne fournît aucun moyen de prévenir les injustices ou les abus pouvant résulter du concours de l'hypothèque générale avec des hypothèques spéciales, n'ont trouvé rien de mieux à faire que d'admettre la subrogation légale comme résultant des dispositions du Code, et de dire que, lors même que le gage spécial d'un

---

(1) *Voy.* les *Doc. hyp.*, t. I, à l'Introd., p. 104, et t. II, p. 827 et suiv.
(2) *Voy.* l'art. 2105 du Projet préparé pour la troisième délibération.

créancier hypothécaire a été complétement absorbé par une hypothèque générale antérieure en date, ce créancier peut avoir, en vertu de cette subrogation, des droits à faire valoir sur les autres biens du débiteur (1). Mais quel est le texte d'où résulterait cette subrogation? Ici les partisans du système ne marchent pas d'accord. Les uns ont invoqué l'art. 1251 du Code Napoléon, d'après lequel la subrogation a lieu au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques, prétendant par là que l'hypothèque du créancier spécial étant la représentation même des deniers par lui prêtés, celui-là est dans les termes de la loi, dont l'hypothèque spéciale a été absorbée au profit d'un créancier qui lui était préférable. D'autres reconnaissant, au contraire, que le Code Napoléon ne consacre en aucune manière une subrogation légale dans ce cas particulier, y ont suppléé par les art. 553 et 554 du Code de commerce, d'après lesquels les créanciers chirographaires reprennent, dans la collocation immobilière des créanciers hypothécaires, une valeur égale à ce que ces derniers ont reçu dans la distribution du mobilier, et qui serait en sus de leur créance hypothécaire. Mais il est évident que, sous l'un pas plus que sous l'autre rapport, le système de la subrogation légale ne pouvait être accueilli. D'une part, en effet, la disposition précitée de l'art. 1251 s'entend d'un payement fait à un créancier préférable par celui qui est lui-même créancier, et matériellement de ses deniers; elle ne peut donc être étendue à notre cas, où le payement étant effectué sur les deniers provenant de la vente des biens du débiteur, il est vrai de dire qu'en réalité il est fait par le débiteur lui-même et non par le créancier. D'une autre part, les art. 553 et 554 du Code de commerce ne peuvent être considérés comme établissant le droit qu'on a proposé de créer en faveur du créancier spécial; car si, dans le cas prévu par ces articles, les créanciers chirographaires prennent une partie de la masse hypothécaire, c'est que les créanciers hypothécaires sont payés intégralement : il n'y a donc pas subrogation, mais seulement un reliquat perçu, un droit certain à ce reliquat, ce qui diffère essentiellement de la position qu'on ferait au créancier à hypothèque spéciale, en le mettant, par l'effet des textes précités, à la place du créancier à hypothèque générale, en ce qu'alors on créerait un droit au préjudice d'autrui (2). Ainsi, à aucun point de vue et sous aucun rapport, cette subrogation prétendue ne peut être considérée comme résultant de la loi; et il ne faut pas s'étonner que l'opinion qui, dans l'origine, s'était attachée à ce système, soit restée sans écho, que les auteurs l'aient vigoureusement combattue, au contraire, et que la jurisprudence présente sur ce point d'énergiques rétractations (3).

340. Mais à défaut de la subrogation légale qu'il faut bien écarter, on a songé à un autre moyen, à celui de la subrogation par voie de paye-

(1) *Voy.* MM. Tarrible (*Rép.* de Merlin, v° Transcr., § 6), Battur (t. I, n° 139), Duranton (t. XIX, n° 390). — *Voy.* aussi Paris, 31 août 1810, et Rouen, 14 mars 1826.
(2) Voy. *Docum. hyp. de 1844* (t. II, p. 883).
(3) *Voy.* MM. Grenier (t. I, n° 179), Delvincourt (t. III, p. 163, note 9), Dalloz

ment direct, qui tient dans la doctrine et dans la jurisprudence une place plus large. Toutefois il s'en faut que ce système ait été admis toujours et par tous dans ses conséquences naturelles.

En quoi consiste-t-il d'abord? Le voici. Le créancier dont l'hypothèque spéciale est primée par une hypothèque générale antérieure en date désintéresse le titulaire de cette dernière hypothèque; par là, il se trouve subrogé aux droits de ce titulaire, et, devenu ainsi maître de la situation, il dispose ses productions à l'ordre, de manière à sauvegarder le droit résultant de son hypothèque spéciale, de manière, par conséquent, à affranchir de l'hypothèque générale l'immeuble spécialement grevé de sa propre créance sur le débiteur exproprié, sauf à recourir, pour la créance garantie par l'hypothèque générale à laquelle il est subrogé, aux autres immeubles du débiteur. Ainsi, en reprenant, pour mieux préciser, notre espèce de tout à l'heure, nous sommes en présence d'un ordre ouvert sur le prix du bois qui appartenait à Pierre. Si Jacques, dont ce bois était le gage spécial, n'écarte pas l'hypothèque générale de Paul, il perdra infailliblement tout ou partie de sa créance; il paye donc à ce dernier les 10,000 fr. qui lui sont dus, et lui est subrogé; maître alors de l'hypothèque générale, il la tient en réserve, et il produit à l'ordre seulement pour la créance que le bois, dont le prix est en distribution, garantissait spécialement, assuré qu'il est de retrouver, sur les prix de la maison et du champ restant à Pierre, son débiteur, si celui-ci manque de se libérer, les 10,000 fr. garantis par l'hypothèque générale passée des mains de Paul dans les siennes. Telle est la combinaison : en elle, on le voit, le créancier à hypothèque spéciale trouve un moyen très-efficace de sauver ses intérêts menacés par le créancier à hypothèque générale qui le prime.

Mais il y a ici deux choses à se demander : l'une, si ce moyen est permis par la loi et s'il comporte, en faveur du créancier subrogé, la liberté d'action nécessaire pour être mis utilement en œuvre; l'autre, si ce moyen, en le supposant admissible et en accordant à la subrogation qui en est le principe toutes ses conséquences naturelles, supplée aux lacunes de la loi, et s'il fait réellement disparaître les inconvénients et les dangers qui, dans le concours de l'hypothèque générale avec des hypothèques spéciales, peuvent résulter de l'indivisibilité du droit hypothécaire.

341. Sur le premier point, le doute n'est pas possible, puisque d'une part il y a subrogation conventionnelle, lorsqu'elle est formellement exprimée, entre un créancier et la tierce personne de qui ce créancier reçoit son payement, et à laquelle il cède ses droits, actions, priviléges et hypothèques (art. 1250, 1°), et que, d'une autre part, la loi va même jusqu'à établir la subrogation de plein droit au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui

(vº Hyp., p. 398, nº 15), Troplong (t. III, nº 758). — *Voy.* aussi les arrêts de la Cour de cassation du 17 août 1830, des Cours de Poitiers, 22 avr. 1825; de Lyon, 27 avr. 1828, et un arrêt de la Cour de Rouen du 15 janv. 1839, par lequel cette Cour revient sur la doctrine de son arrêt du 14 mars 1826, cité à la note précédente.

est préférable, à raison de ses priviléges ou hypothèques (art. 1251, 1°). Ce moyen de la subrogation par voie de payement est donc ouvert au créancier à hypothèque spéciale dont les intérêts pourraient avoir à souffrir du mode de collocation que le créancier à hypothèque générale viendrait à requérir. Cela, du reste, n'est pas contesté en principe. Ce que l'on conteste, c'est que l'exercice de ce droit soit ouvert à tous les créanciers à hypothèque spéciale indistinctement. Quelques auteurs et nombre d'arrêts décident, en effet, qu'un créancier à hypothèque spéciale ne peut se faire subroger aux droits d'un créancier à hypothèque générale, pour les exercer sur d'autres immeubles au préjudice de créanciers ayant sur ces immeubles une hypothèque spéciale *inscrite antérieurement* à l'hypothèque spéciale du demandeur en subrogation; « car, dit-on, si l'on autorisait un créancier à hypothèque spéciale à se subroger aux droits d'une hypothèque générale, dans le but d'en profiter pour la diriger de telle manière qu'elle assure à son titre spécial un droit de préférence à un autre créancier aussi spécial, *dont il savait l'inscription antérieure à la sienne,* ce serait bouleverser la base du système hypothécaire, en changer le but, puisque, de cette manière, il rendrait illusoires les garanties qui reposent sur l'intention des parties, sur le rang accepté par les divers créanciers, et sur l'interprétation la plus équitable des termes et de l'esprit de la loi (1). »

C'est là cependant ce qu'on ne peut pas accepter. En principe, lorsque la loi veut que la subrogation ait lieu, et même de plein droit, au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques, elle ne fait aucune limitation et n'établit aucune différence entre les divers créanciers qui viennent après celui dont la créance est préférable à raison du privilége ou de l'hypothèque qui a pour objet d'en assurer le payement. Que le créancier soit au second rang, qu'il soit au troisième, au quatrième ou à tout autre, celui qui vient au premier rang lui est *préférable;* en sorte que le troisième, le quatrième ou tout autre, n'est pas moins que le second dans le cas de s'assurer, en payant le premier, le bénéfice de la subrogation. Cela ne paraît pas contestable. Or la subrogation étant acquise, il n'y a aucun motif raisonnable pour que ses effets ne se produisent pas toujours identiques, quel que soit le rang de celui qui se l'est assurée. Sans doute, si elle n'a été qu'un moyen frauduleux combiné entre le subrogeant et le subrogé, ou encore, si ce moyen n'a été employé que par malice et sans cause réelle, rien ne sera plus raisonnable ni plus juste que de déjouer la fraude en refusant ses effets à la subrogation. Le concert frauduleux permettra d'aller jusque-là, parce que la fraude fait exception à toutes les règles. Mais si le créan-

(1) Ce sont les termes d'un arrêt de la Cour de Grenoble, du 20 août 1853 (Dev., 54, 2, 457). — *Voy.* encore, dans le même sens, un arrêt de la même Cour, du 14 avr. 1848 (*ibid.*, 52, 2, 21). — *Junge :* Riom, 2 déc. 1819 et 18 janv. 1828; Poitiers, 22 avr. 1825; Toulouse, 15 juin 1827; Agen, 6 mai 1830; Bordeaux, 7 juill. 1830. — *Voy :* aussi M. Troplong (nos 755 et 757).

cier n'a songé à la subrogation que dans cet intérêt si légitime qu'a tout créancier de s'assurer le payement de sa créance, nous ne pouvons voir dans les restrictions qu'on prétend lui imposer que la violation d'un principe par la négation de ses conséquences légales, et la substitution arbitraire d'une convention non prévue par le législateur à une situation que la loi définit et qu'elle détermine. Car, il faut bien le remarquer, la subrogation n'est pas un de ces droits dont il soit loisible de changer le caractère et de modifier les effets. Légale ou conventionnelle, elle place le tiers qui paye dans les droits, et lui confère les actions, priviléges ou hypothèques, qu'avait contre le débiteur le créancier qui reçoit son payement. Rien n'est assurément plus clair que les dispositions de la loi à cet égard, et c'est manifestement les méconnaître que de contester au subrogé, sous le prétexte d'un préjudice indirect qui pourrait en résulter pour un tiers, l'exercice d'un droit contre le débiteur dans la mesure même où ce droit aurait pu être exercé par le subrogeant. On admet sans difficulté que le créancier à hypothèque générale aurait pu, s'il n'eût pas été désintéressé, faire peser, sur tel ou tel immeuble, le poids de son hypothèque générale. Comment donc celui qui acquiert ce même droit d'hypothèque générale, aux lieu et place du créancier qui l'avait d'abord et qui a été désintéressé, ne le pourrait-il pas également?... Nous écartons, d'ailleurs, la considération prise du rang des hypothèques, et nous n'admettons pas qu'on puisse dire que lorsque le créancier dispose de l'hypothèque générale à laquelle il est subrogé de manière à assurer à son titre spécial un droit de préférence à un autre créancier aussi spécial dont l'hypothèque avait pris naissance avant la sienne, les bases du système hypothécaire s'en trouvent bouleversées en ce que les garanties qui reposent sur le rang deviennent illusoires. Nous n'admettons pas cela, d'une part, parce que ce créancier antérieur dont on prend ainsi les intérêts en main ne rencontre toujours devant lui que ce qui existait au moment où il est devenu créancier, l'hypothèque générale, qui n'est pas éteinte, mais qui a passé d'une main dans une autre; et, d'une autre part, parce que cette considération du rang, toute puissante lorsqu'il s'agit de classer des hypothèques grevant un même immeuble, est hors de cause et sans valeur, comme nous le montrerons bientôt (voy. *infrà*, n° 345), quand il s'agit d'hypothèques existant sur des immeubles différents.

Il nous paraît donc incontestable que tout créancier hypothécaire, auquel le créancier à hypothèque générale est préférable, peut s'assurer la subrogation par voie de payement, et, de plus, qu'une fois subrogé, il a le choix, comme l'aurait eu le subrogeant lui-même, des immeubles sur lesquels il fera porter sa collocation. Les arrêts les plus récents tendent à faire prévaloir cette doctrine. Nous la trouvons consacrée en principe dans des arrêts rendus par les Cours de Bruxelles et de Bourges, ainsi que par la Cour de cassation (1); et cette dernière Cour l'a étendue

(1) *Voy.* Cass., 4 mars 1833; Bruxelles, 29 janv. 1851; Bourges, 18 janv. 1854 (*voy.* Dev., 33, 421; Dall., 52, 2, 28; Dev., 55, 2, 97). — *Voy.* aussi Bordeaux, 26 fév. 1834 (Dall., 36, 2, 101).

en quelque sorte par un arrêt tout récent, qui, en cassant une décision de la Cour de Metz (1), a jugé que le créancier à hypothèque spéciale subrogé aux droits du créancier à hypothèque générale qu'il a payé peut, si cela est nécessaire pour qu'il obtienne, lui ou son cessionnaire, le payement de sa créance personnelle, recourir, en vertu de l'hypothèque générale à laquelle il est subrogé, contre les tiers détenteurs d'autres immeubles ayant appartenu au même débiteur, lesquels tiers n'ont pas purgé, et que ces tiers ne peuvent, pour échapper aux poursuites, opposer le bénéfice de discussion, si, à l'époque où elles ont lieu, il ne reste plus entre les mains du débiteur primitif aucun des immeubles grevés de l'hypothèque générale (2).

342. Mais ceci établi, il faut dire, sur la seconde question (ce que notre solution fait d'ailleurs pressentir), que le moyen de la subrogation par voie de payement ne supplée pas aux lacunes de la loi actuelle, et qu'il ne remplace en aucune manière cette subrogation qu'on proposait d'écrire dans les projets de réforme, soit en 1840, soit en 1851. Quelque efficace qu'il soit dans l'intérêt du créancier qui l'emploie, ce moyen ne prévient pas les résultats si peu équitables qui peuvent se produire dans le concours de l'hypothèque générale avec des hypothèques spéciales.

Ainsi, on lui reprochera d'abord de n'être pas aisément praticable. Un créancier à hypothèque spéciale sera-t-il toujours en position de rembourser le créancier à hypothèque générale qui le prime pour se mettre à sa place? Et quand la meilleure partie de sa fortune consistera peut-être dans le placement que son hypothèque garantit, comment s'y prendra-t-il pour désintéresser le créancier dont l'hypothèque menace d'absorber son gage?

Ensuite, supposons que l'obstacle soit levé et que la subrogation s'accomplisse, qu'aura-t-on obtenu? La sécurité personnelle du créancier subrogé, rien de plus. Mais, de menacé qu'il était, il deviendra menaçant : il fera, vis-à-vis d'un autre créancier à hypothèque spéciale, ce que le subrogeant aurait fait vis-à-vis de lui; en sorte que le danger restera toujours le même, seulement il sera déplacé.

En définitive donc, on peut dire que, dans l'état actuel de la législation, il n'y a pas de moyen légal pour soustraire le créancier à hypothèque spéciale aux effets de l'indivisibilité de l'hypothèque, dans ce premier cas de concours de l'hypothèque générale avec des hypothèques spéciales.

343. Passons maintenant au second cas : c'est celui où tous les immeubles grevés de l'hypothèque générale étant saisis et vendus, la distribution du prix s'en fait par un seul et même ordre. Dans ce cas, la présence de toutes les parties à l'ordre et la facilité pour chacune d'elles de veiller à ses droits ont paru susceptibles d'aplanir les difficultés. Alors, a-t-on dit, il est aisé de concilier tous les intérêts par la

---

(1) Metz, 14 fév. 1854 (Dev., 56, 2, 295).
(2) Cass., 3 mars 1856 (Dev., 57, 1, 55).

division de l'hypothèque générale, et de régler ensuite l'ordre et la proportion dans lesquels la collocation de la créance garantie par cette hypothèque atteindra les divers immeubles, de manière à donner aux créanciers à hypothèque spéciale venant ensuite toute satisfaction, ou du moins toute la satisfaction que permettra de leur donner la somme totale des prix en distribution (1).

344. Cependant, prenons-y bien garde : ici encore les principes doivent être respectés, et, pas plus que dans le cas précédent, il ne faut oublier, dans celui-ci, que l'hypothèque, indivisible de sa nature, subsiste dans son entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. Il n'est donc pas exact de dire que la seule présence de tous les créanciers à l'ordre rend plus facile la division de l'hypothèque générale; de ce que tous les créanciers sont présents, il ne s'ensuit en aucune manière que celui dont le droit hypothécaire s'étendait à tous les immeubles ne reste pas le maître, dès qu'il y a intérêt, d'exercer son droit comme il l'entend et de se faire payer soit sur tous les immeubles que grevait son hypothèque générale, soit sur tel ou tel de ces immeubles qu'il lui convient ou qu'il est dans son intérêt de choisir. L'option ne cesse pas de lui appartenir, et si elle lui a été contestée quelquefois, parce qu'on a pris trop à la lettre le système dont il s'agit maintenant (2), il faut dire cependant que l'autorité des principes a été toujours maintenue sur ce point par la Cour de cassation. Elle a constamment reconnu « que l'effet de l'hypothèque générale est d'affecter tous les immeubles du débiteur, de manière que le droit du créancier s'ouvre sur chacun d'eux sans égard aux hypothèques spéciales postérieures à la sienne, et en conséquence, que dans la distribution du prix des biens du débiteur affectés à la créance et vendus à différents acquéreurs, le créancier a le droit de se faire colloquer sur le prix de celui des immeubles qu'il a intérêt de choisir, soit parce que l'acquéreur lui présente plus de solvabilité, soit parce que la collocation de sa créance sur cette portion du prix doit avoir pour résultat de lui assurer le payement, sur un autre immeuble, d'une créance postérieure en date, et qui sans cela ne serait pas venue en ordre utile (3). » Ainsi, dans ce deuxième cas de concours, le principe de l'indivisibilité subsiste et protége le créancier à hypothèque générale, non moins que dans le premier cas; le juge ne saurait porter aucune atteinte à ce principe dès que le créancier à hypothèque générale l'invoque en sa faveur, et, l'intérêt des créanciers à hypothèque spéciale primés par l'hypothèque générale en fût-il compromis, la règle doit être obéie.

Seulement il faut admettre, dans ce cas, que si le créancier à hypo-

(1) *Voy.* M. Troplong (nos 759, 760).

(2) *Voy.* Paris, 28 août 1816; Toulouse, 5 mars 1836; Limoges, 5 janv. 1839; Agen, 3 janv. 1844 (Dev., 39, 2, 543; 45, 2, 405).

(3) Ce sont les termes de l'arrêt rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation, le 25 décembre 1844 (*J. P.*, 1845, t. I, p. 99; Dall., 45, 1, 53; Dev., 45, 1, 115); nous allons les trouver rappelés dans un autre arrêt du 26 décembre 1853, avec lequel on a, cependant, essayé de mettre le précédent en opposition.

thèque générale ne se prévaut pas du principe, ou encore s'il est sans intérêt à ce que ce principe soit observé, en ce que, de quelque manière que les collocations soient faites, il reçoit le montant intégral de sa créance, le juge peut s'en départir et régler l'ordre de manière à concilier entre eux les droits des créanciers. Cela résulte très-nettement d'un arrêt de la Cour de cassation (1), qui, quoi qu'on en ait voulu dire, se combine et se concilie à merveille avec les termes que nous venons d'emprunter à un précédent arrêt. La Cour y autorise, il est vrai, la division et la répartition de l'hypothèque générale. Mais pourquoi? Parce que la répartition qui avait été faite d'office par le juge, ne nuisait en aucune manière au créancier à hypothèque générale première en date, et uniquement pour cela; il était, d'ailleurs, si peu dans la pensée de la Cour qu'une atteinte quelconque pût être portée au droit résultant, en faveur de ce créancier, du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, que, se rattachant par les motifs de son nouvel arrêt au système consacré par ses arrêts précédents, elle a exprimé formellement « *que le créancier nanti de l'hypothèque générale pourrait seul s'opposer à la division,* » et que si elle a sanctionné ce système de la division, c'est précisément parce que le créancier n'ayant eu aucun intérêt à s'y opposer, dans l'espèce, ne s'y était pas opposé en effet. — Ainsi donc, ceci est bien constant, c'est seulement quand le créancier à hypothèque générale sera sans intérêt que le juge pourra prendre sur lui de faire fléchir le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, et de déterminer, en vue des hypothèques spéciales, les seules entre lesquelles le débat puisse s'agiter, l'ordre et la proportion dans lesquels l'hypothèque générale atteindra chacun des prix en distribution. Tout cela, du reste, est expressément reconnu par la plupart des arrêts qui ont été amenés, par les circonstances particulières de la cause, à autoriser la division (2); et, à vrai dire, la difficulté n'est pas là dans ce cas de concours de l'hypothèque générale avec des hypothèques spéciales.

345. La difficulté sérieuse consiste à savoir comment et d'après quel mode devra être opérée la division de l'hypothèque générale. Ici deux systèmes sont en présence. D'une part on a dit que l'hypothèque générale doit être répartie sur tous les immeubles vendus, au marc la livre de leur valeur, et que les hypothèques spéciales doivent ensuite être colloquées chacune sur le prix de l'immeuble qu'elle grevait spécialement et sur la portion restée libre de ce prix (3). D'une autre part, on a dit qu'il faut prendre pour règle la date des créances hypothécaires, consacrer l'antériorité des droits acquis, et par suite faire porter l'effet

(1) C'est celui du 26 décembre 1853, que nous citons à la note précédente (Dev., 54, 1, 86).

(2) *Voy.* notamment un arrêt de Lyon du 24 mai 1850 (*J. P.*, 1852, t. I, p. 255), et les arrêts cités aux notes qui suivent.

(3) C'est l'avis de MM. Tarrible (*Rép. de Merlin*, v° Transcr.) et Duranton (t. XIX, n° 391), et la Cour de cassation, qui l'avait d'abord rejeté (*voy.* la note suivante), a fini par l'admettre. *Voy.* son arrêt du 4 mars 1833 (Dall., 33, 1, 124) et les deux arrêts déjà cités dans les notes précédentes, des 25 décembre 1844 et 26 décembre 1853. — *Junge :* Bordeaux, 26 fév. 1834, et Cass., 16 août 1847 (*J. P.*, 1847, t. II, p. 621).

de l'hypothèque générale d'abord sur l'immeuble grevé des hypothèques spéciales les plus récentes en remontant jusqu'aux plus anciennes (1).

Entre ces deux systèmes, le premier, à notre avis, doit être préféré. Séduite par une apparence d'équité, la Cour de cassation avait d'abord consacré le second. « S'il est dans la nature de l'hypothèque spéciale, avait-elle dit dans un arrêt de rejet du 16 juillet 1821, de restreindre son effet à l'immeuble qui en est l'objet, il est aussi dans l'esprit général du système hypothécaire d'avoir égard à l'antériorité des droits acquis, parce que le créancier qui a prêté le dernier a eu bien moins de raison que tous les autres de croire à la solvabilité du débiteur commun. » Mais cette solution, qui, nous le répétons, n'est équitable qu'en apparence, était, au fond, contraire aux principes du droit. Et, en effet, tous les créanciers à hypothèque spéciale ont dû savoir, en traitant avec le débiteur dont tous les biens étaient grevés déjà d'une hypothèque générale, que, par suite de l'indivisibilité, le titulaire de cette hypothèque pourrait s'en prendre à celui des immeubles qu'il lui conviendrait ou qu'il aurait intérêt de choisir. De quoi donc a dû se préoccuper chacun d'eux quand il a traité? D'une seule chose; de la valeur de l'immeuble qui lui était offert pour assurer sa créance, en le comparant au montant de la dette nouvelle que le propriétaire contractait envers lui, et de celle que garantissait l'hypothèque générale dont il connaissait l'existence. La prudence ne commandait rien de plus; et dès lors, est-il juste, le cas échéant d'une expropriation complète du débiteur, que le créancier à hypothèque spéciale perde sa créance ou son gage, et cela au profit d'un autre créancier spécial comme lui, fût-il même plus ancien, à qui un autre gage a été donné? Sans doute, il est dans l'esprit général du système hypothécaire, comme le dit l'arrêt du 16 juillet 1821, d'avoir égard à l'antériorité des droits acquis. C'est ce qu'exprime l'art. 2134 du Code Napoléon, quand il dit que l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription. Mais prenons-y garde : cela ne doit être que lorsqu'il s'agit d'hypothèques assises sur le même immeuble. Ainsi, une maison a-t-elle été hypothéquée en faveur de plusieurs créanciers successifs, il est bien clair que la date des inscriptions règlera les droits de chacun d'eux et leur rang; les premiers inscrits seront préférables aux autres, et les tiendront à l'écart tant qu'ils ne seront pas remplis de leur créance en totalité. Mais s'il s'agit d'hypothèques assises sur des immeubles différents, il y a un autre principe auquel il faut se rattacher : c'est le principe de la spécialité, et il conduit à une solution différente. Alors les hypothèques sont absolument indépendantes entre elles, le rang des unes n'a aucun point de contact avec celui des autres; il n'y a point

---

(1) C'est l'opinion émise par MM. Grenier (t. I, n° 180), Troplong (t. III, n° 760), Gauthier (*Des Subrogat.*, n°s 233 et suiv.). Elle avait été consacrée d'abord par la Cour de cassation, par arrêt du 16 juillet 1821. — *Voy.* aussi Rej., 5 août 1847 (Dall., 47, 1, 304). — *Junge* : dans le même sens, Paris, 31 août 1810; Riom, 18 janv. 1828; Poitiers, 15 déc. 1829; Douai, 5 juill. 1843 (Dev., 43, 2, 320).

de priorité, point de préférence, quels que soient l'objet et la date des inscriptions. Pourquoi? Parce que si l'inscription donne son efficacité à l'hypothèque, elle ne l'étend pas du moins à des immeubles sur lesquels le débiteur ne l'a pas spécialement conférée, qu'ainsi l'inscription prise sur un immeuble est comme si elle n'existait pas pour les autres immeubles. Tel est l'effet de la spécialité; et lorsqu'en méconnaissant cette indépendance absolue qui existe naturellement entre les inscriptions prises sur des immeubles différents, la Cour de cassation a supposé, par son arrêt du 16 juillet 1821, que les unes peuvent refluer sur les autres, elle a oublié ce principe de la spécialité qui, de même que celui de l'indivisibilité, est fondamental dans le régime hypothécaire.

Mais cet oubli n'a pas été de longue durée. La Cour de cassation, répudiant bientôt, en effet, le système basé sur l'antériorité, s'est rattachée à celui de la répartition de l'hypothèque générale sur tous les immeubles, par un premier arrêt du 4 mars 1833; elle a persisté par son arrêt du 25 décembre 1844, dont nous avons déjà eu occasion d'invoquer la doctrine; et elle a nettement formulé ce système dans son arrêt du 26 décembre 1853. On a dit de ce dernier arrêt, qu'en consacrant la règle de la répartition, il ne condamne pas cependant celle de l'antériorité des droits acquis (1). Nous ne sommes pas de cet avis. Que déciderait la Cour de cassation aujourd'hui si, dans l'hypothèse qui nous occupe, on déférait à son examen une décision consacrant la division de l'hypothèque générale d'après la date des inscriptions? Nous l'ignorons. Mais il nous paraît évident qu'en s'attachant aux motifs mêmes de l'arrêt de 1853, le pourvoi établirait nettement qu'une telle décision ne saurait être maintenue. La Cour de cassation a dit, en effet, que les créanciers dont les hypothèques portent sur des immeubles différents ne peuvent pas se prévaloir de l'ordre de leur inscription; que s'il est dans l'esprit général du système hypothécaire d'avoir égard à l'antériorité des droits acquis, néanmoins l'effet de l'hypothèque spéciale se restreint à l'immeuble qui en est l'objet, et la date des inscriptions ne peut être une cause nécessaire et légale de préférence qu'autant qu'elles portent sur le même immeuble; qu'il suffit donc que l'ordre des inscriptions soit observé dans la distribution des prix de chacun des immeubles qui en sont grevés. Ces considérations, que nous avions présentées en 1844, à l'occasion de l'arrêt du 25 décembre (2), nous semblent décisives, et la Cour de cassation y persisterait d'autant plus volontiers que c'est par un retour de jurisprudence qu'elle y est arrivée: elle avait condamné le système de la répartition par son arrêt du 16 juillet 1821; ce n'est pas probablement pour l'abandonner encore qu'elle la fait prévaloir en 1853. D'ailleurs, et en définitive, la répartition est ce qu'il y a de plus équitable, ce qui, en même temps, rentre le mieux dans le système de la loi : seule elle maintient exacte et juste la balance entre les droits des créanciers; seule, comme le dit M. Tarrible,

(1) *Voy.* l'annotation dont M. Gauthier a fait suivre cet arrêt dans le *Journal du Palais* (1854, t. I, p. 545).

(2) Voy. *Revue de législ. et de jurispr.* (t. XXII, p. 531 et suiv.).

elle assure à chacun l'avantage de la spécialité et du rang qu'il a obtenu, en ne lui faisant supporter, dans les sommes absorbées par l'hypothèque générale qui le prime, que la part sur laquelle il a dû compter en comparant le montant des créances garanties par cette hypothèque avec la valeur des immeubles sur lesquels elle portait en première ligne. C'est là, ce nous semble, la justification complète du système; nous pouvons en conclure que l'arrêt par lequel ce système est consacré a réellement une valeur doctrinale et ne se renferme pas dans le cercle étroit d'une spécialité.

346. Après ces observations, qui complètent l'exposé des principes en ce qui concerne les causes, le caractère, la nature et les effets du droit hypothécaire, nous avons à nous occuper des biens qui peuvent être hypothéqués. Ce point est réglé par les art. 2118 et 2119, entre lesquels il convient de placer l'art. 2133, dont la disposition, plus générale que ne le ferait supposer la place qu'elle occupe dans le Code, est commune aux diverses causes d'hypothèque.

2118. — Sont seuls susceptibles d'hypothèques,

1° Les biens immobiliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles;

2° L'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée.

SOMMAIRE.

I. Nous trouvons ici, dans une énumération d'ailleurs incomplète, l'application d'une règle déjà connue, à savoir, que les biens immobiliers sont seuls susceptibles d'hypothèque; néanmoins tous les biens immobiliers n'en sont pas susceptibles.

II. En premier lieu, ceux-là seuls peuvent être hypothéqués qui sont dans le commerce; mais il faut renfermer la règle dans son objet. Applications et limitations : des établissements qui, par tolérance, sont formés sur quelques parties du domaine public; des biens dotaux; des biens frappés de saisie.

III. En outre, tous les immeubles qui sont dans le commerce ne sont pas par cela seul susceptibles d'hypothèque : on peut dire, en général, que ceux-là sont susceptibles d'hypothèque dont la vente forcée peut être poursuivie. Application de la règle aux diverses catégories d'immeubles.

IV. 1° Des immeubles par leur nature. — Des fonds de terre : ils sont susceptibles d'hypothèque d'une manière absolue; — Des bâtiments : ils en sont susceptibles comme le sol lui-même quand ils y sont liés par une accession réelle, et ce alors même qu'ils ont été construits par un autre que le propriétaire du sol; — Des fruits : ils sont susceptibles d'hypothèque, mais seulement avec le fonds auquel ils adhèrent ou qui les recèle; toutefois l'hypothèque n'enlève pas au propriétaire le droit de percevoir la récolte et de la vendre. *Quid* de la vente de fruits pendants ou de bois sur pied? Distinctions. De l'immobilisation des fruits naturels et industriels en cas de saisie immobilière. — *Quid* des fruits civils? Combinaison, sur ce point, des dispositions du Code de procédure avec celles de la loi du 23 mars 1855, qui prescrivent, en certains cas, la transcription des baux et des quittances ou cessions de fermages non échus; — Des mines, minières et carrières : distinctions.

V. 2° Des immeubles par destination ou accession : notre article les embrasse dans l'expression *accessoires*, qu'il emploie. — Développements. Application de la loi récente sur la transcription.

VI. 3° Des immeubles par leur objet. — De l'usufruit : il est susceptible d'hypothèque,

aux termes de notre article ; mais quel est précisément le droit que le texte a en vue, et dans quelle mesure ce droit est-il susceptible d'hypothèque ? — *Quid* du droit à un bail, et en particulier du droit d'emphytéose, de superficie, de bail à domaine congéable, etc. ? — *Quid* des servitudes, des droits d'usage et d'habitation ? — *Quid* des actions réelles, des actions commerciales, des rentes, et de l'hypothèque elle-même ?

VII. 4° Des Immeubles par la détermination de la loi : — Actions de la Banque de France ; — Rentes sur l'État immobilisées pour la formation d'un majorat ; — Actions de la Compagnie des canaux d'Orléans et du Loing.

I.—347. Nous savons déjà que l'hypothèque, définie par l'art. 2114, est un droit réel *sur les immeubles* affectés à l'acquittement d'une obligation ; et cette définition (quoique incomplète) nous a montré, au moins, que l'hypothèque s'attache aux biens immobiliers seulement, à la différence du privilége qui, lui, peut être sur les meubles ou sur les immeubles. (Art. 2099.) Mais de ce que l'hypothèque est une cause de préférence relativement aux immeubles, il ne s'ensuit pas que tout ce qui, dans la division des biens, prend ou reçoit le caractère d'immeuble, puisse être affecté hypothécairement. En ceci, comme en tout ce qui touche aux points essentiels du régime hypothécaire, la loi devait préciser : ainsi avaient fait les lois du 9 messidor an 3 et du 11 brumaire an 7 ; ainsi a fait, à son tour, le Code Napoléon, dont notre article, fixant la portée de l'art. 2114, indique, par une formule exclusive et limitative, les biens immobiliers qui, *seuls*, peuvent être hypothéqués.

348. D'ailleurs, la loi du 11 brumaire an 7, dont les rédacteurs du Code se sont particulièrement inspirés, et surtout celle du 9 messidor an 3, avaient été plus explicites et moins incomplètes, sous ce rapport, que ne l'a été le Code Napoléon. Ainsi, en adoptant la même formule limitative, la loi de l'an 3 disait, dans son art. 5 : « Sont seuls susceptibles d'hypothèque,— 1° la propriété *des biens territoriaux* étant dans le commerce ou pouvant être aliénés, — de leurs accessoires inhérents ou établis à perpétuelle demeure, — ensemble des fruits non recueillis, — des bois non coupés, — et des servitudes foncières ; — 2° l'usufruit des mêmes biens, résultant seulement des baux emphytéotiques, lorsqu'il reste encore vingt-cinq années de jouissance. » — D'un autre côté, la loi de l'an 7 avait dit, dans son art. 6 : « Sont seuls susceptibles d'hypothèque, — 1° les biens territoriaux transmissibles, ensemble leurs accessoires inhérents ; — 2° l'usufruit ainsi que la jouissance à titre d'emphytéose des mêmes biens, pour le temps de leur durée. » L'art. 7 ajoutait : « Les rentes constituées, les rentes foncières et les autres prestations que la loi a déclarées rachetables, ne pourront plus à l'avenir être frappées d'hypothèque. » On voit que l'énumération est encore plus restreinte dans notre article, puisqu'il indique seulement comme susceptibles d'hypothèque, d'une part, les biens immobiliers qui sont dans le commerce et leurs accessoires réputés immeubles, et, d'une autre part, l'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée.

Sans doute, l'énumération est faite dans des termes dont la généralité

a permis à la doctrine et à la jurisprudence d'intervenir et de consacrer des applications spéciales qui peuvent être considérées (nous allons le voir tout à l'heure) comme rentrant plus ou moins dans la disposition de la loi. Mais, il faut le dire, l'énumération est insuffisante; l'on peut, à très-juste raison, reprocher au législateur de n'avoir pas mis la loi en rapport avec les besoins sociaux, et d'avoir, par une réserve excessive, livré à la discussion et aux controverses des points qu'il lui appartenait de trancher. Telle était la pensée qui dominait dans la discussion ouverte devant l'Assemblée législative sur les réformes à introduire dans le régime hypothécaire, et c'est ainsi que la commission chargée de préparer la rédaction définitive proposait, en exagérant peut-être les choses, de substituer à notre art. 2118 une disposition ainsi conçue : « Sont seuls susceptibles d'hypothèque : — 1° les biens immobiliers qui sont dans le commerce et leurs accessoires réputés immeubles ; — 2° l'usufruit des mêmes biens et accessoires, pendant le temps de sa durée, à l'exception de l'usufruit légal des père et mère ; — 3° le droit du preneur à bail emphytéotique. — Sont assimilés au bail emphytéotique, le bail à vie sur une ou plusieurs têtes, et le bail de trente ans ou plus, lorsque ces baux ne contiennent pas la prohibition de céder le droit au bail ou de sous-louer ; — 4° les concessions de chemins de fer, canaux, ponts et autres travaux d'utilité publique faites pour vingt ans ou plus ; — 5° le droit du colon de domaine congéable sur les édifices et superficies, conformément aux lois qui régissent cette nature de droit (1). »

Mais il faut prendre notre article tel qu'il est, et rechercher ce qui peut être compris dans les biens immobiliers dont il parle et dont il signale la propriété et l'usufruit comme susceptibles d'hypothèque.

II. — 349. Il y a, d'abord, une règle commune à tous les biens, soit que, par leur nature, ils appartiennent à la catégorie des immeubles, soit qu'ils doivent être classés dans cette catégorie à raison de leur objet ou de leur destination : ceux-là seuls sont susceptibles d'hypothèque qui sont *dans le commerce*. C'est la disposition formelle de notre article ; la loi du 9 messidor an 3 disait aussi cela dans les mêmes termes ; et la loi du 11 brumaire an 7 répondait à la même pensée, lorsqu'elle exprimait qu'il n'y aurait de susceptibles d'hypothèque que les biens territoriaux *transmissibles*. Cela, d'ailleurs, se comprend à merveille : les biens qui sont hors du commerce, n'étant pas aliénables, ne peuvent, par cela même, fonder le crédit du débiteur qui n'a pas la disposition de tels biens, ni être pris en considération par les créanciers qui, en tout état de cause, seraient empêchés d'arriver à cette réalisation du gage qui est le but final de l'hypothèque. Mais il convient de ne pas étendre la limitation de la loi au delà de ses conséquences naturelles.

350. Ainsi, on considère comme hors du commerce et comme ne pouvant appartenir qu'au domaine public de l'Etat, les fleuves et autres

(1) *Voy*. l'art. 2108 du Projet préparé pour la troisième lecture.

rivières navigables, ainsi que les rivages de la mer. Sont également hors du commerce toutes les voies publiques, routes, rues, places et promenades appartenant soit à l'Etat, soit aux départements, soit aux communes; les havres, rades et ports; les forteresses, remparts, fossés et autres parties des fortifications des places de guerre; les églises, cimetières et monuments publics quelconques, même ceux qui ne sont qu'un objet de pure curiosité. (Code Napoléon, art. 538 et suiv.) Sur toutes ces choses, cela est de toute évidence, il n'est pas possible d'asseoir une hypothèque, puisqu'elles ne sont pas susceptibles de propriété privée. (*Voy.* à cet égard les observations de Marcadé dans son commentaire de l'art. 2227.) Mais si, précisément parce que ces choses sont insusceptibles du droit de propriété, nul ne peut les acquérir en tout ou en partie à titre de droit positif et rigoureux, si nul même n'y peut exercer un droit quelconque qui serait un démembrement de la propriété, il est certain qu'à titre de concession ou par la tolérance du gouvernement il se peut faire, et il arrive en effet, que des établissements se forment sur quelques-unes et s'y maintiennent. Ces établissements restent, vis-à-vis du gouvernement, à l'état de concession toujours révocable, sans aucun doute. Mais quelle est leur situation à l'égard des tiers? Faut-il dire qu'ils participent de l'inaliénabilité dont est affecté le sol sur lequel ils sont assis, et par suite qu'ils ne pourront pas répondre hypothécairement des obligations qui pèsent sur les particuliers auxquels il a été permis de les fonder? Voici une espèce dans laquelle la question s'est posée et a reçu une solution entièrement conforme aux principes.

Le gouvernement tolère que des particuliers forment sur les rivages de la mer, dépendances du domaine public, des salines, des parcs ou établissements de pêcherie. Un marin, qui possédait par héritage de ses parents un établissement de cette nature, en fit cession à un tiers, qui transcrivit son contrat, mais négligea de remplir les autres formalités prescrites pour purger les hypothèques. — A quelque temps de là, le vendeur étant mort, sa veuve voulut exercer, sur la pêcherie et les constructions qui en dépendaient, son hypothèque légale, à raison de ses reprises matrimoniales. L'acquéreur, ou plutôt ses héritiers, résistèrent : les rivages de la mer, disaient-ils, faisant partie du domaine public, personne n'y pouvait exercer un droit de propriété foncière; si le gouvernement accorde aux habitants des rivages de la mer, qui exercent la profession de pêcheurs, la faculté de former de petits établissements sur ces rivages, c'est un droit personnel plutôt qu'un droit réel, un brevet industriel plutôt qu'une concession de fonds; ainsi il existe entre les mains des propriétaires de ces établissements un objet qu'ils peuvent posséder et transmettre, mais cet objet n'est pas immeuble, et par conséquent il n'est pas susceptible d'hypothèque. Mais il y avait là une appréciation très-inexacte de la situation. Sans doute les rivages de la mer font partie du domaine de l'Etat, et nul ne peut s'attribuer la jouissance exclusive d'une fraction quelconque de cette partie du domaine public, si ce n'est en vertu d'une concession expresse, ou au moins d'une tolé-

rance du gouvernement; la doctrine contraire, fort mal à propos émise par Toullier, a été très-nettement réfutée par Marcadé et par M. Troplong (1). Mais il ne s'agissait pas de cela; il s'agissait d'un de ces établissements dont le gouvernement autorise la formation dans un intérêt particulier, et aussi dans un intérêt public, puisque le public en profite. Or de tels établissements, bien qu'ils procèdent exclusivement d'une simple tolérance, sont attributifs d'un droit exclusif en faveur de celui qui les a formés ou des ayants droit auxquels ils ont été transmis (2); car il ne serait pas possible de prétendre que c'est là un sol commun sur lequel tous autres que le concessionnaire lui-même ou la famille qui a recueilli son droit pourraient venir exercer une industrie en concurrence et à leur profit. Quelle peut donc être la nature de ce droit privatif dont il faut bien reconnaître l'existence? Evidemment il est immobilier comme le sol même sur lequel l'établissement et ses constructions sont assis. Sans doute ils n'ont pas l'incommutabilité du sol, puisque le gouvernement reste toujours maître de révoquer la concession qu'il a faite, ou de revenir sur sa tolérance, et par là de supprimer l'établissement. Mais qu'importe cela? Le droit en lui-même, le droit du concessionnaire, est ce qu'il est, et, quelque précaire qu'il soit, il n'en est pas moins dans le commerce, tant qu'il subsiste, avec son caractère immobilier. Ainsi en a pensé la Cour de Caen, qui, déterminée par ces considérations mêmes, a décidé avec une justice parfaite que, bien que les établissements de l'espèce ne soient à l'égard du gouvernement que des concessions personnelles et révocables, ils doivent être considérés, à l'égard des tiers, comme propriété immobilière, et, partant, comme susceptibles d'hypothèque (3).

351. Ainsi encore, il est des choses qui, bien qu'elles constituent une propriété privée, sont inaliénables, en raison de la situation particulière des personnes auxquelles elles appartiennent : tels sont, entre autres, les biens dotaux; tels encore les immeubles saisis à partir de la transcription de la saisie. (Code de procédure, art. 686.) S'ensuit-il cependant que, soit l'immeuble dotal, soit l'immeuble saisi, ne puissent pas être grevés d'hypothèque, et qu'à ce point de vue de l'hypothèque ces immeubles doivent être considérés comme hors du commerce? La question a été controversée par rapport à l'immeuble dotal et par rapport à l'immeuble saisi; mais dans l'état actuel de la législation et de la jurisprudence on peut, nonobstant quelques opinions dissidentes, la considérer comme définitivement résolue sous l'un et sous l'autre rapport.

352. Quant aux biens dotaux, ils sont inaliénables sans doute, en principe, et par cela même ils ne peuvent pas, en principe également,

---

(1) *Voy.* Toullier (t. III, n° 479). — Mais *voy.* MM. Troplong (*De la Prescription*, n° 150) et Marcadé (sur l'art. 2227, n° 3).

(2) Cela est préjugé dans un arrêt de la Cour de cassation du 17 mars 1857. (Voy. *le Droit* du 18 mars.)

(3) Caen, 3 avril 1824. (*Voy.* l'arrêt à sa date dans le *Journal du Palais*.) — *Conf.* M. Troplong (*Priv. et hyp.*, n° 412).

être grevés d'hypothèque : cela s'induit de l'art. 2124, qui n'accorde le droit d'hypothéquer ses immeubles qu'à celui qui a la capacité de les aliéner. Mais on sait que la loi, qui permet de faire dans les contrats de mariage les stipulations non contraires à l'ordre public, a supposé que l'ordre public n'est pas intéressé à ce que les biens des femmes mariées soient inaliénables, et qu'en conséquence elle a permis d'atténuer le régime dotal par une stipulation d'aliénabilité. Or, dès que la faculté d'aliéner peut être stipulée par le contrat de mariage, il faut admettre que celle d'hypothéquer peut être stipulée également. La Cour de cassation avait manifesté d'abord, dans sa jurisprudence, quelques tendances en sens contraire (1); mais dès que la question s'est posée nettement, la Cour suprême, d'accord avec la doctrine des auteurs et la jurisprudence des tribunaux, a reconnu que la faculté d'hypothéquer peut être stipulée dans un contrat de mariage au même titre que la faculté d'aliéner, et que les parties auxquelles il est loisible d'exclure absolument le régime dotal peuvent, à plus forte raison, restreindre et atténuer ce régime en y introduisant telles modifications dont il leur plaît de convenir (2). — Ainsi, quoique l'immeuble dotal soit inaliénable en principe, on peut dire, pourtant, qu'au point de vue de l'hypothèque il n'est pas hors du commerce d'une manière absolue.

353. Quant à l'immeuble saisi, la question a été plus vivement controversée, du moins avant les modifications introduites au Code de procédure, par la loi du 2 juin 1841, sur les ventes judiciaires des biens immeubles. Avant cette loi, le Code de procédure, par son art. 692, consacrait également l'interdiction, pour la partie saisie, d'aliéner les immeubles saisis, à peine de nullité et sans qu'il fût besoin de la faire prononcer; il y avait cette différence seulement que l'interdiction, d'après le Code, avait son point de départ au jour de la dénonciation faite à la partie saisie, tandis que, d'après la loi nouvelle, elle date du jour de la transcription de la saisie. La question s'était donc élevée, et M. Carré, notamment, pensait que la prohibition d'aliéner supposait la prohibition de consentir des hypothèques nouvelles sur l'immeuble saisi. Il se fondait particulièrement « sur ce que l'art. 2124 du Code Napoléon assimile entièrement l'hypothèque conventionnelle à la vente volontaire, en ce que, d'après cet article, celui qui ne peut vendre ses immeubles ne peut les hypothéquer par convention. C'est en ce sens, ajoutait-il, qu'il faut prendre le mot *aliéner* de l'art. 692, sans quoi il dépendrait d'un débiteur de mauvaise foi, qui verrait ses immeubles saisis, de frauder et de frustrer la plupart de ses créanciers chirographaires par des hypothèques consenties depuis la dénonciation de la saisie, ce qui serait

(1) *Voy.* Cour de cass., 16 août 1837 et 29 août 1839 : ce dernier arrêt émane des sections réunies.

(2) *Voy.* Req., 7 juill. 1840. — *Junge* : Besançon, 1er mars 1838; Rouen, 10 mars 1838; Lyon, 8 juin 1838; Limoges, 6 déc. 1844. — C'est aussi l'opinion exprimée par M. Rodière, dans l'explication qu'il a donnée du régime dotal, dans le *Traité du Contrat de Mariage*, que nous avons publié avec lui (t. II, n° 500). *Voy.* encore Marcadé (art. 1557, n° 1).

contraire à la justice et à l'esprit des art. 2124 et 2146 du Code Napoléon (1). »

Toutefois cette doctrine n'était pas généralement admise, même sous le Code de procédure (2). Aujourd'hui, après la discussion qui a accompagné le vote de l'art. 686 du Code modifié par la loi du 2 juin 1841, elle ne peut même plus être proposée. En effet, les auteurs du projet primitif, touchés, sans doute, par les observations de M. Carré, avaient introduit, dans l'art. 686, une disposition dont l'objet était précisément d'étendre la prohibition d'aliéner l'immeuble saisi à celle de l'hypothéquer. Or cette extension a été rejetée à la suite d'une discussion sérieuse et approfondie. Cela seul serait décisif.

Mais, d'ailleurs, il y a, avec l'autorité du vote, l'autorité des motifs par lesquels ce vote a été déterminé (3). Rattacher la prohibition d'hypothéquer les immeubles mis sous la main de la justice, disait-on en effet, au principe de l'art. 2124, c'est détourner cet article de son sens naturel. Ses rédacteurs n'entendaient s'adresser qu'à l'incapacité personnelle, et, en ce sens, ils avaient raison de dire que celui qui était personnellement incapable d'aliéner ne pourrait pas hypothéquer ses immeubles. Mais il y a loin de cette défense générale, absolue, puisée dans l'inhabilité de la personne, à l'incapacité exceptionnelle, occasionnelle, née de la saisie d'un immeuble. Celle-ci ne peut résulter que de la défense de la loi; or elle n'est ni dans le Code Napoléon, ni dans le Code de procédure. Et c'est avec raison. L'aliénation est interdite au saisi, parce qu'elle tendrait à détruire la saisie qui ne peut se suivre que contre le détenteur actuel. Il faudrait la recommencer à chaque mutation. Mais la constitution de l'hypothèque, même après la transcription de la saisie, ne présente aucun de ces inconvénients. Elle ne touche pas à la saisie, qui ne s'en continuera pas moins contre le débiteur après comme avant l'hypothèque; elle ne dérange rien au rang des créanciers hypothécaires, ni à leur intérêt, puisque celui à qui elle est accordée ne sera jamais colloqué qu'à la date de son inscription, c'est-à-dire après tous ceux qui avaient des droits sur l'immeuble, à l'époque de l'établissement de cette nouvelle hypothèque. Ainsi, aucun des ayants droit sur l'immeuble n'ayant à se plaindre des hypothèques postérieures, il n'existe aucune raison de les considérer comme interdites.

Telles étaient les considérations présentées dans la discussion. Elles répondaient victorieusement aux scrupules de M. Carré. Il y a pourtant un point que ces observations ne touchent pas; c'est celui qui a trait à l'intérêt que peuvent avoir les créanciers chirographaires à ce qu'il ne soit pas établi sur l'immeuble, après la transcription de la saisie, des hypothèques dont l'effet serait de les priver de la distribution par contribution de ce qui resterait du prix d'adjudication. Mais il faut répondre, à cet égard, qu'il n'y a pas à se préoccuper de l'intérêt des

(1) *Voy.* Carré (*Lois de la proc. civ.*, quest. 2205).

(2) *Voy.* MM. Favard de Langlade (t. V, p. 54, n° 1), Pigeau (t. II, p. 290), Troplong (n° 413 *bis*), Delaporte (t. II, p. 290).

(3) *Voy.* notamment le Rapport de M. Persil à la Chambre des députés.

créanciers chirographaires, dans une procédure qui non-seulement n'est faite ni pour eux, ni par eux, mais encore qui est faite contre eux, puisqu'elle a pour objet d'affecter le gage exclusivement à ceux qui, plus diligents que les chirographaires, ont pris le soin de s'y assurer un droit de préférence. Ils ne doivent donc pas être admis à se plaindre d'une constitution d'hypothèque faite après la transcription de la saisie, pas plus qu'ils n'auraient le droit de critiquer, sauf le cas de dol ou de fraude, celle qui aurait été faite avant la saisie (1).

Tout ceci justifie pleinement le vote de l'art. 686 du Code de procédure modifié par la loi du 2 juin 1841; et après ce vote si significatif, tous les auteurs, à l'exception de M. Taulier, se sont accordés à reconnaître que, dans la pensée de la loi, l'immeuble saisi est, moins encore que l'immeuble dotal dont nous venons de parler, hors du commerce au point de vue de l'hypothèque (2).

III. — 354. Ceci dit sur la première limitation résultant de notre article, nous devons ajouter qu'un immeuble ou un bien immobilier peut être dans le commerce, sans qu'on en doive conclure que cet immeuble ou ce bien immobilier est par cela seul susceptible d'hypothèque. Il faut qu'il rentre ou qu'il puisse rentrer dans l'énumération faite par la loi dans une pensée limitative. Nous avons donc à rechercher quels sont, parmi les biens immobiliers, ceux qu'il faut regarder comme compris dans cette énumération.

355. Le but final de l'hypothèque étant d'arriver à la réalisation du gage selon les formes de procéder déterminées par la loi, on peut dire en thèse générale que tout bien qui ne peut être réalisé selon ces formes, c'est-à-dire saisi immobilièrement et vendu aux enchères, n'est pas susceptible d'hypothèque. Cette règle générale, énoncée par M. Valette, se justifie, d'ailleurs, comme il le montre fort bien, par le simple rapprochement et la comparaison de notre article avec l'art. 2204; en effet, ce dernier article, en énumérant les biens immobiliers dont un créancier peut poursuivre l'expropriation, désigne dans deux numéros distincts, comme notre article, et par des expressions identiques, les biens mêmes que notre article signale comme susceptibles d'hypothèque (3). Et la Cour de cassation a statué dans l'esprit de cette règle par un arrêt duquel il résulte que des biens frappés d'insaisissabilité sont, par cela seul, à l'abri de toute inscription hypothécaire. Dans l'espèce, des immeubles avaient été légués sous la condition expresse qu'ils seraient insaisissables de la part des créanciers du légataire. Néanmoins, quelques créanciers, dont le titre était antérieur à l'ouverture de la succession, avaient obtenu, par jugement, l'autorisation de s'inscrire sur tous les biens du légataire jusqu'à concurrence de leur créance; et

(1) Rouen, 29 avr. 1820. (*Voy.* l'arrêt à sa date dans le *Journal du Palais*.)

(2) *Voy.*, outre les auteurs déjà cités, MM. Chauveau sur Carré (*loc. cit.*), Persil fils (*Comm.*, p. 131), et les notes de M. Devilleneuve sur la loi de 1841 (41, 2, 376). — Mais *voy.* M. Taulier (t. VII, p. 228 et suiv.).

(3) *Voy.* M. Valette (n° 127). — *Junge :* MM. Mourlon (*Rép. écrit*, p. 455), Martou (n° 714).

ils avaient pris inscription sur tous les biens appartenant, ou ayant appartenu, ou qui appartiendraient à leur débiteur. Mais, sur l'appel, le jugement a été infirmé; l'inscription a été déclarée nulle en tant qu'elle frappait sur les immeubles provenus au débiteur du testament par lequel ils avaient été constitués insaisissables; et l'arrêt infirmatif a été maintenu par la Cour de cassation sur ce motif que, par cela seul que les biens dont il s'agit étaient insaisissables par les créanciers du légataire antérieurs à l'ouverture de la succession, ils n'avaient pu être frappés par eux d'aucune inscription hypothécaire (1).

356. Telle est la règle générale : passons aux applications.

Les biens, nous l'avons dit ailleurs (2), et Marcadé l'a dit aussi dans son commentaire du titre du Code sur la distinction des biens (t. II, nos 340 et suiv.), sont immeubles, d'après l'art. 517 du Code Napoléon, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent. On peut ajouter que, depuis la promulgation du Code Napoléon, le législateur, s'écartant de la règle suivant laquelle le caractère mobilier ou immobilier d'un droit est déterminé par l'objet de ce droit, a immobilisé certains droits qui ont pour objet de l'argent ou des capitaux : telles sont les actions de la banque de France, celles de la compagnie des canaux d'Orléans et du Loing, et les rentes de l'État immobilisées pour la formation d'un majorat. C'est là une quatrième catégorie d'immeubles qu'on pourrait qualifier immeubles par la détermination de la loi.

Reprenons successivement ces quatre classes d'immeubles.

IV. — 357. Les choses immobilières de leur nature sont celles qui ne peuvent se mouvoir ni être transportées d'un lieu dans un autre, et qui ainsi ont réellement un caractère d'immobilité. On range dans cette catégorie seulement les fonds de terre et les choses qui, inhérant aux fonds de terre médiatement ou immédiatement, en prennent la nature. On aperçoit dès l'abord qu'aucune difficulté ne peut s'élever sur le point de savoir si les fonds de terre qui tiennent de leur nature même le caractère d'immeubles sont susceptibles d'hypothèque. S'ils ne font pas partie du domaine public, s'ils ne sont pas inaliénables à un autre titre quelconque, en un mot, s'ils sont *dans le commerce,* suivant l'expression de la loi, les fonds de terre peuvent être saisis immobilièrement, ils peuvent être vendus aux enchères : ils tombent donc sous l'application de notre règle générale, et l'hypothèque peut s'y attacher incontestablement.

358. La nature immobilière des choses inhérentes au sol n'est pas toujours aussi certaine; l'immobilisation dépend de certaines circonstances que la loi précise sans doute, mais sur lesquelles, néanmoins, la doctrine n'a pas toujours marché d'accord. Voyons donc quelles sont, d'après la loi, les choses qui empruntent à leur inhérence au sol,

---

(1) Req., 10 mars 1852 (*J. P.*, 1852, t. II, p. 41).
(2) *Voy.* notre explication de la communauté, dans le *Traité du Contrat de Mariage*, que nous avons publié avec M. Rodière (t. I, n° 440).

d'une manière médiate ou immédiate, la qualité d'immeubles par leur nature.

359. En première ligne, la loi signale les bâtiments, qu'elle paraît même assimiler aux fonds de terre, en les rangeant avec les fonds de terre dans une disposition commune. (Code Napoléon, art. 518.) C'est l'application de la règle : *Quod solo inædificatur, solo cedit*. Les matériaux dont le bâtiment est formé appartenaient naturellement à la classe des meubles; mais leur adhérence au sol et la construction les ont dépouillés de leur nature primitive pour leur communiquer celle du sol auquel ils accèdent. Désormais ils font partie du sol; comme le sol, ils pourront être saisis immobilièrement et vendus aux enchères; dès lors, comme le sol, ils sont susceptibles d'hypothèque.

Notons toutefois qu'il en sera ainsi seulement dans le cas où les bâtiments seront liés au sol par une accession réelle. Sans elle, point d'immobilisation. Selon la loi romaine, « granariæ, quæ ex tabulis fieri solent, ita ædium sunt, si stipites eorum in terrâ defossi sunt : quod si supra terram sunt, rutis et cœsis cedunt. » (L. 18, ff. *De act. empt. et vend.*) De même, nous devons dire, dans notre droit actuel, que ces constructions éphémères, qui sont faites sans fondements ni pilotis, tels que les bâtiments occasionnellement élevés pour les cérémonies publiques, pour les foires, pour les marchés, ne prennent pas la nature d'immeubles. (*Voy*. Marcadé, t. II, n° 341.) Le Code lui-même dit en ce sens que les moulins et généralement toutes usines non fixées par des piliers *ou* (1) ne faisant point partie de la maison, sont meubles. (Art. 531.) De tels bâtiments ne seraient donc pas susceptibles d'hypothèque.

Mais lorsque l'accession du bâtiment au sol est réelle, l'immobilisation se produit, encore que le bâtiment ait été élevé sur le sol par un autre que le propriétaire lui-même. Quelques auteurs, cependant, en se méprenant sur une doctrine de Pothier, ou du moins en étendant cette doctrine au delà de son objet précis, ont enseigné que le bâtiment est meuble quand il est construit par un autre que le propriétaire du sol, par exemple, par un fermier, par un usufruitier, etc. (2). La solution ne saurait être admise. Pothier a dit, il est vrai, sous l'empire d'une législation qui, par rapport aux moulins spécialement, faisait résulter l'immobilisation de l'intention qui les aurait attachés au fonds à perpétuelle demeure, qu'un « moulin à vent ne doit être réputé immeuble que lorsqu'il a été placé sur le fonds de terre par le propriétaire de la terre, et qu'il en doit être autrement s'il y avait été placé par un usufruitier ou par un fermier de la terre (3)... » Mais, en ce qui concerne les « édifices autres que les moulins, » Pothier lui-même a reconnu qu'ils sont immeubles, en ce qu'ils font partie du fonds de terre, suivant la règle *Quod solo inædificatur, solo cedit*, et cela sans distinguer aucunement entre le cas où ces édifices sont construits par le proprié-

(1) Le texte dit : *et*; mais il est reconnu que l'une ou l'autre circonstance suffit pour que l'usine doive être considérée comme meuble.

(2) Delvincourt (t. I, p. 332, note 4), MM. Championnière et Rigaud (t. IV, n° 3175).

(3) Pothier (*De la Comm.*, n° 37).

taire du sol et le cas où ils sont construits par tout autre, usufruitier ou locataire (1).

Cette doctrine est seule exacte aujourd'hui, et elle est absolue : elle s'applique aux bâtiments en général, car le Code les qualifie expressément *immeubles par leur nature* (art. 518), sans qu'aucune détermination de la loi leur fasse perdre ce caractère et leur attribue celui de meubles lorsqu'ils sont construits par un autre que le propriétaire du sol; et elle s'applique aux moulins spécialement, car la loi nouvelle fait résulter l'immobilisation des moulins, non plus de l'intention, dont elle ne tient aucun compte, mais de l'union physique des moulins avec le sol. (Art. 519.) Les bâtiments sont donc immeubles aussi bien lorsqu'ils sont l'œuvre du propriétaire du sol que lorsqu'ils ont été construits par un autre (2), et par suite ils sont susceptibles d'hypothèque. Sans doute, dans ce dernier cas, ce pourra être une question de savoir si l'hypothèque sera utilement concédée par le propriétaire du sol, ou encore si la saisie immobilière du bâtiment pourra être faite par les créanciers de ce propriétaire (3), ce que nous examinerons dans notre commentaire de l'art. 2124 : mais sur la question générale de savoir si les bâtiments sont ou non susceptibles d'hypothèque, il n'y a pas de doute possible; ce n'est même pas là une question, puisque les bâtiments sont immeubles aussi bien et au même titre que le sol auquel ils accèdent.

360. De même que les bâtiments, et par la même cause, les fruits et les produits de la terre sont immeubles par leur nature; ils sont susceptibles d'hypothèque. Ce n'est pas à dire qu'ils puissent être hypothéqués distinctement du fonds de terre auquel ils adhèrent ou qui les recèle (4); mais l'hypothèque établie sur ce fonds s'étendra aux produits, ainsi aux récoltes pendantes par les racines, aux fruits des arbres, aux bois taillis ou de futaie (art. 520 et 521), et généralement à tous les produits du fonds quelle qu'en soit la nature. On a dit que c'est ici l'une des choses comprises dans les *accessoires* dont parle notre article (5); toutefois l'observation manque d'exactitude, en ce que les fruits sont qualifiés *immeubles* par la loi (art. 521), et qu'ainsi ils rentrent, comme les fonds de terre et les bâtiments, dans le mot immeubles placé en tête de notre article.

Mais il faut prendre garde, d'une part, qu'ici encore l'immobilisation des fruits ne peut résulter que de leur inhérence réelle au fonds, et, d'une autre part, que l'extension de l'hypothèque, grevant ce fonds aux fruits qu'il produit ou qu'il recèle, ne saurait faire obstacle au droit qu'a le propriétaire de gérer et administrer sa chose. De là quelques conséquences notables.

---

(1) Pothier (*ibid.*, n° 32).

(2) Cass., 18 nov. 1835, 2 fév. 1842, 26 août 1844, 5 janv. 1848 (Dall., 48, 1, 57).

(3) Cass., 15 avr. 1846; Req., 14 fév. 1849 (Dall., 49, 1, 166).

(4) Cass., 10 vend. an 14, 5 oct. 1823. — *Voy.* aussi MM. Troplong (n° 404), Merlin (*Rép.*, v° Hyp., p. 766).

(5) *Voy.* M. Martou (n° 721).

361. Ainsi, l'immobilisation des fruits résulte de leur inhérence réelle au fonds : d'où suit que, par exemple, des arbustes en caisses, ces caisses fussent-elles mises en pleine terre, retiendraient leur nature de meubles (1), à moins qu'en cet état ils fussent devenus immeubles par destination. (Voy. *infrà*, n° 371.) Et s'ils retiennent leur nature de meubles, ils ne sont pas atteints par les hypothèques dont le fonds est grevé.

362. Ainsi, l'extension de l'hypothèque du fonds de terre à ses produits n'enlève pas au propriétaire son droit d'administration : d'où suit que celui-ci pourra faire les récoltes, percevoir les fruits et les vendre, s'il fait tout cela régulièrement, sans fraude, comme un administrateur diligent et en bon père de famille. Les créanciers hypothécaires n'ont pas à s'en plaindre; car ils savent, quand ils traitent avec leur débiteur, que celui-ci, en hypothéquant son immeuble, n'abdique pas ses pouvoirs d'administrateur, et que s'ils acquièrent un droit réel sur l'immeuble même, ce droit (et c'est sa supériorité relativement au droit réel résultant du nantissement; voy. *suprà*, n° 320) laisse néanmoins au débiteur la possession de sa chose, et avec cette possession la faculté, qui n'en doit pas être séparée, de gérer et administrer. Les fruits ne sont donc atteints, par l'hypothèque dont le fonds est grevé, que lorsqu'ils sont adhérents à la terre ou recélés dans son sein. C'est ce que la loi du 9 messidor an 3 exprimait, en disant que l'hypothèque porterait sur la propriété des biens territoriaux, ensemble sur celle des fruits *non recueillis* et des bois *non coupés*.

363. Et ce n'est pas tout. La perception ou la coupe des fruits est un moyen d'en faire cesser l'accession et de les soustraire par là aux effets de l'hypothèque dont la propriété serait grevée; mais ce moyen n'est pas le seul : l'accession finit encore, sinon matériellement, comme cela a lieu lorsque les fruits sont coupés et récoltés, au moins fictivement et par la volonté de la loi, lorsque étant encore pendants ils sont vendus par le propriétaire séparément du sol. La mobilisation des fruits procède alors de cette vente, qui n'est, comme la coupe même de la récolte, qu'un acte d'administration : on suppose que, par l'effet de la division des propriétés résultant d'une vente qui transmet à l'acquéreur les fruits qu'elle retire au propriétaire du fonds, ces fruits sont détachés du sol, bien que matériellement ils y tiennent encore. Et, en effet, nombre d'arrêts, émanés de la Cour de cassation, ont décidé que la vente de fruits pour être récoltés ou de bois taillis pour être coupés est mobilière, et que la chose vendue, jusque-là réputée immeuble à raison de son accession au sol, devient meuble par l'effet de la vente, même avant la coupe ou la récolte (2).

Ceci posé, on se demande si l'existence de l'hypothèque doit faire obstacle à ce que le propriétaire de l'immeuble consente de telles ventes, et si les fruits, quoique vendus ainsi, resteraient atteints par

(1) *Voy.* Pothier (*De la Comm.*, n° 34). — *Voy.* aussi notre explication de la Communauté (*loc. cit.*, t. I, n° 414).

(2) *Voy.* Cass., 5 oct. 1813, 8 sept. 1813, 21 mars et 21 juin 1820, 4 avr. 1827.

l'hypothèque dont la propriété serait grevée. En principe, la solution ne saurait être douteuse. Aucune loi ne défend au propriétaire d'aliéner sans fraude les fruits mûrs de son fonds grevé d'hypothèque; encore une fois, une telle vente rentre dans les actes d'administration, aussi bien que la coupe et la récolte des fruits; on ne concevrait donc pas que le propriétaire, entre les mains duquel l'administration reste entière, n'eût pas la faculté de vendre. Or, dès qu'il a cette faculté, il faut bien que la vente par lui consentie ait ses effets ordinaires, c'est-à-dire qu'elle mobilise les fruits, et les transmette à l'acquéreur libres de l'hypothèque qui les avait d'abord atteints avec le fonds. Tout cela a été reconnu par la Cour de cassation, qui, tirant elle-même cette induction de sa propre jurisprudence, a décidé que le propriétaire d'un bois taillis grevé d'hypothèque peut en vendre la coupe sans que ses créanciers hypothécaires soient fondés à s'y opposer (1).

Toutefois la règle comporte certaines réserves : elle souffre deux limitations, dont l'une est consacrée par la doctrine et par la jurisprudence, et dont l'autre résulte de la loi.

364. D'une part, on comprend que si la règle domine d'une manière absolue lorsqu'il s'agit d'une vente ayant pour objet ces produits de la terre qui en sont les fruits proprement dits, comme les grains, les récoltes, et généralement tout ce qui se reproduit périodiquement, il en doit être autrement de la vente dont l'objet serait ce genre de produits qui constituent, pour ainsi dire, une portion intégrante de l'immeuble, à cause de leur nature même qui les attache au fonds sinon pour toujours, au moins pour un long espace de temps, par exemple des futaies non aménagées. La vente, dans ce cas, ne peut plus être considérée comme un de ces actes d'administration qui, par l'effet d'une fiction, mobilisent les fruits; elle est une anticipation dont les créanciers hypothécaires auraient à se plaindre, et leur intérêt commande que, du moins pour cette sorte de produits, l'hypothèque, grevant le fonds, les atteigne eux-mêmes, et que la vente qui en a été faite ne puisse pas leur être opposée (2). La Cour de cassation, entraînée par les précédents dont nous parlions tout à l'heure, avait paru se prononcer en sens contraire, par un arrêt (3) où il est dit que l'hypothèque assise sur une propriété rurale est sans effet contre l'acquéreur de la superficie d'un bois de haute futaie. Mais un arrêt ultérieur de la même Cour a fait une application plus saine des principes en considérant de tels bois, *tant qu'ils ne sont pas coupés,* comme restant affectés au créancier hypothécaire, nonobstant la vente (4). Il y avait, à la vérité, dans l'espèce, ces circonstances particulières que les bois avaient été vendus avant l'âge où ils pouvaient ou devaient être coupés, et avec un très-long terme pour la coupe. Toutefois ces circonstances, bien qu'à elles seules elles eussent

(1) *Voy.* Cass., 26 janv. 1808.

(2) *Voy.* MM. Persil (art. 2118, n° 6), Valette (n° 129, *in fine*), Demolombe (t. IX, n° 190), Martou (n° 722). — *Voy.* cependant M. Troplong (n° 404).

(3) *Voy.* Req., 9 août 1825.

(4) Req., 10 juin 1841 (Dev., 41, 1, 484).

été susceptibles de justifier la solution, ont à peine arrêté l'attention de la Cour suprême; elle se borne à les indiquer dans les motifs de son arrêt, puis, allant au delà, elle décide en termes généraux, trop généraux peut-être, que des futaies vendues, mais non encore coupées, restent affectées aux créanciers hypothécaires, et sont comprises dans la saisie immobilière faite postérieurement à la vente. Limitée aux produits qui, à vrai dire, ne sont pas des fruits, spécialement aux futaies non aménagées, la solution doit être acceptée, car, s'agissant là de l'un de ces produits qui constituent un capital en quelque sorte, tellement que l'usufruitier n'y pourrait pas toucher plus qu'à l'immeuble lui-même, la mobilisation ne doit résulter que du fait matériel de la séparation.

365. D'une autre part, si l'hypothèque en elle-même ne peut pas, tant que les choses sont entières, entraver le droit d'administration du propriétaire, et retenir sous son action les fruits que le propriétaire a vendus, on comprend qu'il en doit être autrement lorsque les choses ne sont pas entières et que l'hypothèque est mise en mouvement, spécialement lorsque l'immeuble grevé a été frappé de saisie. La saisie immobilière a, en effet, sur les fruits, aux termes de la loi, une vertu d'immobilisation, sinon au moment même où elle est faite, au moins à partir d'une époque que la loi a nettement déterminée. Avant les modifications introduites dans le Code de procédure par la loi du 2 juin 1841, c'était à dater de la dénonciation au saisi (ancien art. 689); depuis cette loi, c'est à partir de la transcription de la saisie; l'art. 682 modifié dit en effet : « Les fruits naturels et industriels recueillis postérieurement à la transcription, ou le prix qui en proviendra, *seront immobilisés pour être distribués avec le prix de l'immeuble par ordre d'hypothèque.* » Ainsi, tant que l'hypothèque reste inactive, les fruits qu'elle atteignait d'abord avec le fonds lui échappent, si le propriétaire, administrateur de sa chose, les a mobilisés par la coupe ou par la vente qu'il en a faite; mais survienne une saisie, et le propriétaire n'administre plus pour lui à partir du moment où cette saisie est transcrite; les fruits sont, dès ce moment, grevés définitivement aussi bien que l'immeuble, et tous ceux qui seraient recueillis ou le prix qui en pourrait provenir appartiendraient aux créanciers. La loi exprime que ces fruits ou le prix seront distribués, avec le prix de l'immeuble, *par ordre d'hypothèque;* mais on comprend bien qu'il faut ici compléter le texte, et dire que les fruits ou leur prix seront distribués par ordre de *privilége* et d'hypothèque. L'omission du *privilége*, dans l'art. 682, qui parle seulement de l'hypothèque, ne saurait tirer à conséquence, puisque l'ordre des hypothèques est de venir après les priviléges (1).

366. Du reste, ce que nous avons dit, en principe, à l'occasion des fruits naturels et industriels, il faut le dire aussi des fruits civils. L'existence d'une hypothèque sur un immeuble ne saurait faire obstacle à ce que le propriétaire perçoive les prix de location ou les fermages de cet

(1) *Voy.* MM. Paignon (t. I, p. 60, n° 31), Chauveau sur Carré (quest. 2288).

immeuble qu'il aurait loué ou affermé. Ceci n'est pas et n'a jamais été contesté.

Mais il y a eu une controverse des plus vives sur le point de savoir si l'existence de l'hypothèque n'empêche pas au moins le propriétaire de disposer par anticipation des fermages ou des loyers non échus, soit en les transportant à des tiers, soit en les appliquant à son profit particulier; en d'autres termes, si les quittances ou les cessions de loyers ou de fermages non échus sont opposables aux créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble affermé ou loué. Il s'est formé là-dessus une jurisprudence à laquelle les dispositions récentes de la loi sur la transcription enlèvent son importance pour l'avenir, mais qu'il n'est pas sans intérêt de relater et d'apprécier en raison des actes que leur date laisse sous l'empire de la loi ancienne.

Quelques arrêts ont décidé en principe et d'une manière absolue que le propriétaire d'un immeuble hypothéqué ne peut disposer par anticipation, au préjudice des créanciers inscrits, des revenus à venir de cet immeuble (1), en se fondant sur l'art. 2166 du Code Napoléon, d'après lequel les créanciers privilégiés ou hypothécaires auraient droit non-seulement au prix, mais encore aux intérêts du prix ou aux revenus qui les représentent. Nombre d'auteurs suivent cet avis, mais par des motifs différents : les uns, invoquant l'ancien art. 691 du Code de procédure, enseignent qu'il y a lieu de maintenir seulement les payements faits suivant l'usage des lieux, et qu'il ne doit être tenu aucun compte de ceux faits par anticipation, en exécution d'une clause du bail (2); d'autres prétendent que le droit résultant de l'hypothèque une fois établi, il ne peut plus être diminué par aucune aliénation, et que le bail accompagné d'une stipulation aux termes de laquelle le propriétaire perçoit ou cède d'avance les fermages dans une proportion considérable constitue l'aliénation de la jouissance pour un temps déterminé, et doit, sous ce rapport, être assimilé à une constitution d'usufruit à l'égard de laquelle il est admis que le créancier hypothécaire suit l'immeuble dans les mains de l'usufruitier (3).

Mais il est clair qu'aucun de ces systèmes ne résiste à l'examen. En premier lieu, on dira, contre celui des arrêts précités, que si, en thèse générale, on peut regarder l'art. 2166 du Code Napoléon comme permettant au créancier hypothécaire ou privilégié d'exercer son droit non-seulement sur le prix, mais encore sur les intérêts ou les revenus, cette interprétation du texte ne saurait être opposée au tiers qui a acquis les fruits civils à échoir à un moment où le propriétaire qui les lui a transmis avait le droit d'en disposer. En second lieu, au système fondé sur l'art. 691 du Code de procédure (ancien) on opposera justement que cet article laissait la question intacte; en effet, il résultait bien de

(1) *Voy.* Cass., 3 nov. 1813; Nîmes, 28 janv. 1810; Bourges, 3 fév. 1851 (Dall., 55, 2, 15).

(2) *Voy.* M. Duranton (t. XVII, n° 163).

(3) *Voy.* MM. Tarrible (*Rép. de Merlin*, v° Tiers détent., n° 4), Carré (*lois de la proc. civ.*, quest. 2318).

cet article que les créanciers autorisés à arrêter les loyers ou fermages, échus depuis une époque déterminée qu'il fixait, pouvaient faire immobiliser les fermages ou loyers dus encore à cette époque ; mais la question est précisément de savoir si ces fermages étant, non point dus, mais payés ou cédés par anticipation, l'art. 691 aurait été applicable : et ce n'est pas évidemment par cet article que la question pouvait être résolue. Enfin, le système appuyé sur l'identité prétendue entre le bail et la constitution d'usufruit tombait devant cette différence profonde que la doctrine à peu près unanime a établie entre l'usufruitier et le fermier, le premier détenteur d'un droit réel, véritable démembrement de la propriété, le second n'ayant jamais et ne pouvant jamais avoir qu'un droit personnel, ne donnait aucun droit de suite aux créanciers hypothécaires.

En présence des lacunes ou des imperfections de chacun de ces systèmes, la jurisprudence s'était ravisée, et la généralité des arrêts (1) admettait que la perception ou la cession des revenus à venir d'un immeuble est valable même au regard des créanciers hypothécaires inscrits antérieurement, sauf toutefois le droit de ces créanciers de faire annuler l'acte dans le cas où il aurait été le résultat d'une fraude à leur préjudice. C'est aussi l'avis qui avait prévalu dans la doctrine (2) ; et nous pensons qu'il faut s'y tenir. Le principe dominant ici, c'est toujours que l'existence de l'hypothèque ne paralyse pas dans les mains du propriétaire son droit d'administration, et qu'avant tout il faut que ce droit s'exerce librement, pourvu que ce soit sans fraude. La perception ou la cession de loyers ou de fermages anticipés pourront bien, dans tels ou tels cas, faire supposer cette fraude, et, en tous les cas, elles auront pour effet de rendre les juges plus faciles dans l'appréciation des preuves qui leur seront offertes. Mais si la fraude ne peut pas être supposée, ou si la fraude alléguée n'est pas établie, il faut que le créancier accepte les faits accomplis, du moins en tant que l'anticipation pourra être considérée comme acte d'administration, ce qui sera une appréciation à faire par les tribunaux.

Telle est la règle. Mais nous avons ici encore quelques points à réserver.

D'une part, et quant à l'anticipation des loyers ou fermages, les principes que nous venons d'exposer devaient et doivent encore, comme nous l'avons dit, recevoir leur application aux faits accomplis avant la promulgation de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription. Depuis la promulgation de cette loi, la nécessité de la transcription, appliquée dans une certaine mesure aux quittances ou cessions de loyers ou fermages non échus, fera prévaloir d'autres règles. Nous y revenons au numéro suivant.

---

(1) *Voy.* Paris, 3 déc. 1824 ; Grenoble, 22 avr. 1841 ; Rouen, 4 avr. 1843 ; Douai, 26 fév. 1850 ; Colmar, 6 août 1851 ; Nîmes, 7 juill. 1852 ; Rouen, 18 fév. 1854. (*Voy.* Dev., 43, 2, 184 et 413 ; 50, 2, 517 ; 53, 2, 53 ; Dall., 52, 2, 78 ; 53, 2, 53 ; 54, 2, 212 ; 55, 2, 258.)

(2) *Voy.* MM. Grenier (t. II, n° 444), Toullier (t. VII, n° 81, et t. VI, n° 365), Duvergier (*Du Louage*, t. I, n° 464). — *Voy.* aussi M. Troplong (t. III, n°s 777 *ter* et suiv.).

D'une autre part, et quant au droit d'administration que l'existence de l'hypothèque n'altère pas entre les mains du propriétaire, nous devons dire que ce droit n'est entier aujourd'hui par rapport aux fruits civils que lorsque les choses elles-mêmes sont entières. Car il convient de faire remarquer que la loi du 2 juin 1841, suppléant à une lacune du Code de procédure, et tout au moins simplifiant ce qu'il y avait de compliqué dans les dispositions de ce Code, a fait, pour les fruits civils, ce que fait l'art. 682 pour les fruits naturels et industriels. Après avoir déclaré que « les baux qui n'auraient pas acquis date certaine avant le commandement pourront être annulés, si les créanciers ou l'adjudicataire le demandent » (art. 684), la loi dit, en effet, d'une manière générale et absolue, que « les loyers et fermages seront immobilisés à partir de la transcription de la saisie, pour être distribués avec le prix de l'immeuble et par ordre d'hypothèque; qu'un simple acte d'opposition à la requête du poursuivant, ou de tout autre créancier, vaudra saisie-arrêt entre les mains des fermiers et locataires, qui ne pourront se libérer qu'en exécution de mandements de collocation, ou par le versement des loyers ou fermages à la caisse des consignations...; et qu'à défaut d'opposition, les payements faits au débiteur seront valables, et celui-ci sera comptable, comme séquestre judiciaire, des sommes qu'il aura reçues. » (Art. 685.) Au lieu de cela, l'ancien Code de procédure avait distingué entre les baux sans date certaine avant le commandement et les baux ayant date certaine ; les premiers pouvaient être annulés sur la demande des créanciers ou de l'adjudicataire; quant aux seconds, ils laissaient toute liberté aux locataires ou fermiers de se libérer, et, pourvu qu'une saisie-arrêt n'eût pas frappé les loyers ou fermages, les locataires ou fermiers se libéraient valablement entre les mains du saisi (1); c'est par la saisie-arrêt que, dans ce cas, les loyers ou fermages étaient immobilisés pour être distribués avec le prix de l'immeuble par ordre d'hypothèque. (Ancien art. 691.) On voit comment l'intérêt des créanciers est bien mieux protégé par la loi nouvelle. Les créanciers acquièrent, en thèse absolue, droit aux loyers et fermages par la transcription de la saisie, parce que la transcription immobilise désormais les fruits civils comme elle immobilise les fruits naturels et industriels; en outre, une simple opposition, qui avertit les locataires ou fermiers de l'obstacle qui ne leur permet pas de se libérer entre les mains du saisi, est substituée à la procédure en saisie-arrêt : et tout cela existe indépendamment de la possibilité qu'ont les créanciers ou l'adjudicataire de faire prononcer, s'ils le demandent, la nullité des baux sans date certaine avant le commandement.

367. Nous ne saurions nous arrêter dans nos observations sur les fruits considérés comme gage du créancier hypothécaire, sans rapprocher de ce que nous venons de dire quelques dispositions spéciales de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire, et

(1) *Voy.* Caen, 16 juill. 1834 (Dall., 35, 2, 180). — *Sic* M. Thomine Desmazures (t. II, n° 766).

sans déduire les conséquences pratiques de ces dispositions dans l'ordre d'idées où nous sommes maintenant placé.

La loi du 23 mars 1855, on le sait, ne s'en est pas tenue, en rétablissant la transcription, au principe de la loi de brumaire an 7, d'après laquelle la formalité était nécessaire seulement à l'égard des actes translatifs de biens ou de droits susceptibles d'hypothèque (art. 26); le législateur a pensé, avec raison, que la transcription ne serait utile et efficace qu'à la condition de s'étendre, comme le disait la Cour de Bastia dans l'enquête administrative ouverte en 1841 (1), à tous les contrats grevant la propriété dans une forte proportion. A ce titre, les prévisions de la loi ne pouvaient pas manquer d'aller jusqu'aux baux et aux actes ou jugements constatant quittance ou cession de loyers ou fermages non échus.

Quant à ces derniers actes ou jugements, la loi s'explique à merveille. Un immeuble dont le revenu est aliéné perd considérablement de sa valeur, et peu de personnes se déterminent à acheter un bien qui doit rester improductif pendant un espace de temps plus ou moins prolongé. Il importait donc que cette cause de dépréciation pût être connue du public. Ainsi ont pensé les rédacteurs de la loi du 23 mars 1855; et en effet, l'art. 2 déclare que « tout acte ou jugement constatant, même pour un bail de moindre durée (que celle de dix-huit ans, qui forment, on va le voir tout à l'heure, le terme au delà duquel les baux eux-mêmes doivent être transcrits), quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus, » doit être transcrit au bureau des hypothèques de la situation des biens. — En ceci, et sous un rapport, la loi du 23 mars 1855 est plus prévoyante que la loi belge du 16 décembre 1851. D'après celle-ci, les quittances de loyers non échus paraissent ne devoir être transcrites qu'autant qu'elles sont contenues dans le bail; car on lit dans l'art. 1er : « Seront transcrits... les baux excédant neuf années *ou contenant quittance* d'au moins trois années de loyers... » D'où suivrait que si, après avoir consenti un bail, le propriétaire donnait, par un acte séparé, quittance de trois, quatre, ou un plus grand nombre d'années de loyers non échus, ces quittances pourraient n'être pas transcrites et n'en être pas moins opposables aux tiers, sauf, comme dans tous les cas, la preuve du dol ou de la fraude. On comprend tous les dangers que cet état de choses peut créer. Les rédacteurs de notre loi du 23 mars 1855 y ont sagement pourvu en exigeant la transcription, d'une manière générale, de tout acte ou jugement constatant quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus. Mais, d'un autre côté, peut-être eût-il été désirable que la loi prescrivît la transcription dans une mesure plus large. Un immeuble dont le revenu est aliéné pour plus d'une année, et qui n'en doit pas moins acquitter ses charges habituelles, perd de sa valeur dans une proportion qu'on peut évaluer au sixième environ; et nous aurions compris que les quittances ou cessions de loyers non échus fussent soumises à la transcription dès que la somme payée ou cédée serait

---

(1) Voy. *Docum. hyp.*, t. I, p. 153.

équivalente aux loyers ou aux fermages de plus d'une année (1). Quoi qu'il en soit, il faut prendre la loi dans ses termes : il en résulte que, désormais, la transcription seule permettra d'opposer aux tiers les quittances et cessions dont s'agit, et qu'à défaut de transcription, elles ne seront opposables que pour une somme équivalente à trois années de fermages ou de loyers, sauf toujours le droit pour les créanciers d'écarter la quittance ou la cession pour le tout s'ils établissent que l'acte a été fait par dol ou par fraude. C'est en ce sens que devra être modifiée, pour l'avenir, la jurisprudence rappelée et appréciée au numéro précédent.

Quant au bail, la nécessité de la transcription se justifie aussi d'elle-même. Ce n'est pas que le bail, quoi qu'en ait dit le plus éminent de nos jurisconsultes (2), confère au preneur un droit réel et immobilier; nous avons montré ailleurs, et nous y reviendrons bientôt (*infrà*, n° 385), que le droit résultant d'une telle convention est purement mobilier et personnel. Mais il n'en faut pas moins reconnaître que, lorsqu'un bail est fait pour une certaine durée, il réduit, dans une proportion considérable, la valeur vénale de l'immeuble affermé, et qu'il est alors de la plus haute importance, pour les acquéreurs et pour les créanciers hypothécaires, que la situation réelle soit révélée, afin qu'ils évitent les mécomptes auxquels les exposerait leur ignorance. L'art. 2 de la loi du 23 mars 1855 soumet, en conséquence, à la transcription, « les baux d'une durée de plus de dix-huit années; » et l'art. 3 ajoute que « les baux qui n'ont point été transcrits ne peuvent jamais être opposés (aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois) pour une durée de plus de dix-huit ans. » (§ 2.)

Peut-être la loi aurait-elle dû aller plus loin, ici encore, et donner à l'intérêt des tiers une protection plus complète. Dans cette vue, nous avons essayé de l'établir ailleurs (3), il eût été bon qu'au lieu de s'arrêter à ce terme tout à fait arbitraire de dix-huit ans, le législateur, en soumettant les baux à la formalité de la transcription, ne dépassât pas le terme au delà duquel les baux cessent, d'après la loi civile, d'être considérés comme actes d'administration. L'usufruitier, le tuteur, le mari, tous ceux enfin qui n'ont que la jouissance ou l'administration d'un immeuble, ne doivent pas consentir de bail pour une période excédant neuf années. N'était-il pas juste de s'attacher à cette idée en ce qui concerne la transcription, et de n'affranchir de la formalité que ceux de ces actes qui, par leur durée, sont classés parmi les actes d'administration? Ainsi a disposé, en Belgique, la loi du 16 décembre 1851, qui a réformé le régime hypothécaire; on y voit, à l'art. 1er, que « les baux excédant neuf années, ou contenant quittance d'au moins trois années de loyers, » sont assujettis à la formalité de la transcription, et que, « si ces baux n'ont pas été transcrits, la durée en doit être réduite, conformément à l'art. 1429 du Code civil; » en outre, à l'art. 45, il est dit « que les

(1) *Voy.*, à cet égard, nos observations dans la *Revue critique* (t. IV, p. 165 et 166).
(2) *Voy.* M. Troplong (*De la Vente*, n° 321, et *Du Louage*, nos 5 à 20 et 473 et suiv.
(3) Voy. *Revue crit. de jurispr.*, t. IV, p. 160 et suiv.

baux contractés de bonne foi après la constitution de l'hypothèque seront respectés, et, toutefois, que s'ils sont faits pour un terme qui excède neuf ans, la durée en sera réduite, conformément à l'art. 1429 du Code civil (1). » Il y a, dans ces dispositions, une prévoyance plus grande que dans celles de notre loi sur la transcription, et l'intérêt des tiers y est mieux protégé. Quoi qu'il en soit, la loi a statué; il en faut appliquer les dispositions.

368. Voici une hypothèse.

Pierre a emprunté à Paul une somme de 20,000 fr. et lui a donné hypothèque sur sa ferme de la Martinière ; Paul a pris inscription à la date de janvier 1856. Un an plus tard, Pierre, qui jusque-là exploitait sa ferme, la donne à bail à Joseph pour une durée de vingt-quatre ans, qui commenceront à courir du mois de novembre 1857, et moyennant un fermage annuel de 5,000 fr. Les bâtiments de la ferme étant insuffisants, et ceux qui existent demandant des réparations considérables, Joseph, pour mettre son bailleur, qui n'a pas de fonds disponibles, en mesure de construire et réparer, consent à payer d'avance une somme de 20,000 fr. dont le bail porte quittance, avec indication que la somme sera répartie par portions égales sur les cinq premières années du bail. Cette convention est sujette à la formalité de la transcription à un double titre : d'une part, le bail qu'elle constate comporte une durée de plus de dix-huit ans; d'une autre part, elle porte quittance d'une somme équivalente non pas seulement à trois années, mais à quatre années de fermages non échus; le fermier requiert donc la transcription qui est faite à la date du 1er novembre 1857. En cet état, Pierre est exproprié : le bail passé avec Joseph et toutes les conventions qu'il constate seront-ils opposables à Paul, créancier hypothécaire de Pierre? On comprend que l'intérêt de Paul est gravement engagé dans la question. L'intérêt n'est pas le même, sans doute, que celui du tiers qui voudrait se rendre acquéreur de la ferme; il n'en est pas moins très-réel. Car l'immeuble exproprié, s'il reste avec la charge du bail, sera nécessairement adjugé à un prix moindre que s'il était libre de toute charge, ce qui déjà, le cas échéant où la ferme de Pierre serait grevée à un titre quelconque d'une hypothèque légale, diminuerait d'autant la chance qu'a Paul de retrouver sa créance sur le prix. Et d'un autre côté, la quittance des 20,000 fr. payés sur les fermages non échus, si elle est maintenue en vertu de la transcription de l'acte qui la constate, ne permettra pas, au moins jusqu'à concurrence, l'immobilisation des fruits dans les termes de l'art. 685 du Code de procédure, en sorte que l'importance du gage s'en trouvera diminuée encore. Ainsi, l'intérêt de Paul est incontestable; et l'on se demande, à très-juste raison, si le bail et la quittance peuvent lui être opposés.

A cela nous répondons que le bail et la quittance seront très-certainement opposables; car il s'agit ici de conventions faites de bonne foi entre le bailleur et le preneur, nous le supposons; il s'agit d'un bail

(1) *Voy.* M. Delebecque (*Comm. législat.*, p. 2 et 190).

ayant date certaine et qui a reçu la formalité de la transcription ; il s'agit d'une quittance qui, dans les termes où elle se produisait, devait être transcrite et qui a été transcrite en effet : le fermier a donc satisfait à toutes les conditions de la loi; sa position et ses droits doivent être maintenus et respectés. Sans doute cette quittance et ce bail que, dans l'espèce, on oppose à Paul sont postérieurs, par leur date, à l'hypothèque qui a été conférée à ce dernier et à l'inscription qu'il a prise; et l'on pourrait croire, en se reportant aux discussions dont la loi a été précédée, que celles de ses dispositions qui ont soumis à la formalité de la transcription les baux d'une certaine durée et les actes portant quittance de trois années de fermages non échus sont conçues en vue de la situation inverse; car, entre autres propositions fort explicites, on y remarque celle-ci : « Ce qui arrive à un acquéreur pour le fonds de la propriété qui lui a été vendue, et dont le prive une éviction imprévue, peut aussi se présenter pour un usufruit, pour un droit d'usage ou d'habitation, pour une servitude onéreuse, pour un bail qu'on lui aurait laissé ignorer *et qu'il est obligé de supporter à son détriment, quand ces charges prennent leur cause dans des actes antérieurs à son contrat* (1)... » Mais ce commentaire, il faut le remarquer, est fait dans une pensée exclusive, celle d'indiquer quel est le but de la transcription et comment elle a pour objet, non point l'intérêt de ceux qui ont acquis des droits sur la propriété, mais précisément de constater l'existence de ces droits, de les rendre publics, ou au moins de faire que les tiers qui auraient à traiter avec le propriétaire aient la possibilité de les connaître. Dans tous les cas, une opinion ainsi exprimée ne saurait prévaloir contre la généralité des termes de la loi, qui, sans distinguer entre le cas où le bail et la quittance ont suivi l'hypothèque et celui où ils l'ont précédée, exige la formalité de la transcription pour les baux d'une durée de plus de dix-huit ans et pour les quittances ou cessions de trois années de fermages non échus, et implique par là l'idée que de tels actes seront valables et sortiront à effet vis-à-vis de tous, si d'ailleurs ils sont exempts de fraude, pourvu que la formalité de la transcription ait été accomplie. Telle est bien la pensée de la loi; et, si l'on en pouvait douter, il suffirait, pour s'en convaincre, de se référer aux observations de M. Duclos, qui, précisément parce qu'il s'expliquait les dispositions de l'art. 2, n[os] 4 et 5, en ce sens, demandait que la pensée en fût restreinte, afin, disait-il, de faciliter les prêts, qui, sans cela, seraient rendus impossibles (2). Or il n'a pas été fait de réponse à ces observations, et la restriction demandée n'a pas été consacrée. Que conclure, sinon que les baux et les quittances de loyers dont la transcription a été faite, dans les cas et dans les circonstances où la formalité est exigée, sont obligatoires pour tous les tiers indistinctement, par conséquent pour les créanciers hypothécaires inscrits avant la date du bail ou de la quittance, aussi bien que pour ceux qui ne viennent qu'après?

(1) *Voy.* le rapport de M. A. de Belleyme.
(2) *Voy.* le discours de M. Duclos dans le *Moniteur* du 17 janvier 1855.

Et il faut bien qu'il en soit ainsi : car, remarquons-le, s'il était admis que le bail, quoique transcrit, fût sans effet ou ne fût pas obligatoire par cela seul qu'il serait postérieur par sa date aux hypothèques affectant la propriété affermée, il faudrait dire qu'un mari, un tuteur ou tout autre dont les biens seraient à un titre quelconque grevés d'une hypothèque légale, que même celui qui, libre de toute hypothèque légale, aurait conféré sur ses biens une hypothèque conventionnelle, seraient par cela seul empêchés de donner leurs immeubles à bail! Se peut-il que la loi sur la transcription ait eu pour effet de mettre de telles entraves à l'exercice du droit de propriété, et que, sous prétexte de relever la propriété du sol en relevant le crédit hypothécaire, elle ait ainsi frappé d'interdit ces baux à longue durée dans lesquels l'agriculture trouve son principal élément de prospérité? Evidemment cela n'est pas admissible; et l'on doit reconnaître que la loi laisse au fermier le droit d'exciper de son bail et de sa quittance de loyers anticipés, quand il aura fait transcrire, même contre le créancier dont l'inscription hypothécaire avait précédé.

Au surplus, ce n'est pas là précisément ce qui est contesté. On admet bien, généralement du moins, que le bail est opposable à tous les créanciers indistinctement, lorsqu'il a reçu la formalité de la transcription. Mais dans quelle mesure est-il opposable aux créanciers antérieurs? Est-ce pour toute sa durée? Est-ce seulement pour cette durée de dix-huit ans que les baux peuvent atteindre sans être assujettis à la formalité? Là est le dissentiment. Quelques auteurs sont d'avis que le bail est opposable pour dix-huit années seulement (1). Nous pensons, au contraire, que le bail est opposable à raison de toute sa durée. Nous n'avons pas, en effet, dans notre loi (et c'est assurément une regrettable lacune) de disposition analogue à celle que nous signalions tout à l'heure dans l'art. 45 de la loi belge du 16 décembre 1851, où il est dit que « les baux contractés de bonne foi *après la constitution de l'hypothèque* seront respectés, et toutefois que s'ils sont faits pour un terme qui excède neuf ans, la durée en sera réduite conformément à l'art. 1429 du Code civil. » Cette disposition ne peut donc pas être suppléée. A la vérité, l'art. 3 de notre loi du 23 mars 1855 dit que « les baux qui n'ont point été transcrits ne peuvent jamais être opposés *pour une durée de plus de dix-huit ans* » aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois; et c'est à ce texte que les auteurs auxquels nous faisons allusion rattachent leur doctrine. Mais ce texte en cela est détourné de son sens; il est écrit pour une hypothèse particulière à laquelle nous allons arriver; il est absolument étranger à notre hypothèse actuelle : c'est évident, puisqu'il parle de baux *qui n'ont point été transcrits,* et qu'ici le bail dont nous avons à reconnaître les effets et la force obligatoire a reçu, au contraire, la formalité de la transcription. Ne forçons donc pas les termes de la loi; n'en étendons pas les dispositions du cas spécialement prévu à un autre cas qu'elles n'ont

(1) *Voy.* MM. Mourlon (*loc. cit.*, n° 350), Duvergier (Notes sur l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855), Troplong (*De la Transcr.*, n° 201).

point en vue, et reconnaissons qu'aucune disposition ne limitant les effets d'un bail ou d'une quittance de fermages non échus, lorsqu'ils ont reçu la formalité de la transcription à laquelle ils étaient soumis en raison de leur durée ou de leur importance, ces effets doivent être entiers, pleins, absolus. Une seule chose est possible; c'est de réserver le cas de fraude : cette fraude sera plus ou moins probable suivant que la propriété était plus ou moins grevée au moment où le propriétaire en a consenti le bail, surtout si ce bail est accompagné d'une anticipation sur les fermages; et les juges devront se montrer d'autant plus faciles à admettre la preuve de la fraude que la position du bailleur sera plus obérée. Mais si tout a été loyal, si les conventions ont été faites de bonne foi, il est impossible de ne pas les maintenir dans toute leur étendue et de les morceler dans ce qu'elles ont d'obligatoire (1).

369. Changeons maintenant les termes de notre espèce. Pierre avait donné à bail pour une durée de vingt-quatre années, à partir du 1er novembre 1856, sa ferme de la Martinière, lorsque, le 1er novembre 1857, il a emprunté de Paul une somme de 20,000 fr. avec hypothèque sur cette même ferme. Joseph, preneur, a négligé de faire transcrire son bail; au contraire, Paul a conservé son droit hypothécaire en prenant une inscription le 2 novembre 1857. Dans cette position, et le 1er novembre 1858, le ferme de Pierre est saisie immobilièrement; Joseph alors oppose son bail (2). Le peut-il? Dans quelle mesure le bail est-il opposable? Il faut distinguer.

Ou le bail avait acquis date certaine avant le commandement, ou il était sans date certaine à ce moment. Dans ce dernier cas, Paul aura le bénéfice de l'art. 684 du Code de procédure; le bail pourra donc être annulé, en vertu de cet article, si Paul le demande. En outre, il aura le bénéfice de l'art. 685, et les fermages des baux maintenus seront immobilisés à partir de la transcription de la saisie, pour être distribués par ordre d'hypothèque. Dans le premier cas, c'est-à-dire si le bail a date certaine avant le commandement, Paul aura bien encore le bénéfice de l'art. 685, mais il ne pourra pas demander la nullité du bail, et, au contraire, ce bail sera opposable pour une durée de dix-huit ans. C'est principalement en vue de cette situation qu'a été écrit le second paragraphe de l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855. La transcription étant exigée, en ce qui concerne les baux, seulement pour ceux d'une durée de plus de dix-huit années, le législateur veut que le preneur qui a négligé de transcrire son titre quand il aurait dû le faire, ne soit pas cependant complétement déchu de son droit, même vis-à-vis des tiers, et qu'il en jouisse au moins dans la mesure où ce droit pouvait s'établir et être opposable à tous, même sans s'être rendu public par la transcription : cela s'induit de la disposition précitée de la loi de 1855, qui, en nous disant que « les baux qui n'ont point été transcrits ne peuvent jamais être opposés pour

(1) *Voy.* MM. Rivière et François (n° 51), Rivière et Huguet (n°s 210 et suiv.).

(2) Nous anticipons sur les dates pour placer le fait supposé dans la vérité juridique : on sait que la loi de 1855 n'est exécutoire que du 1er janvier 1856.



une durée de plus de dix-huit ans, » nous dit par cela même que, quoiqu'ils n'aient pas été transcrits quand ils auraient dû l'être, ils valent cependant et sont opposables au moins pour cette durée de dix-huit ans.

Mais quelle est l'époque à partir de laquelle ces dix-huit années devront être comptées? C'est la question délicate que fait naître la situation. Elle est particulièrement intéressante vis-à-vis du tiers acquéreur et au point de vue du droit de suite dont nous n'avons pas, quant à présent, à nous occuper. (Voy. *infrà,* notre commentaire de l'art. 2166.) Néanmoins elle n'est pas sans quelque intérêt pour le créancier hypothécaire, en ce que le prix de la vente à laquelle doit aboutir la saisie immobilière dont son gage est frappé peut s'élever ou s'abaisser et lui permettre ainsi d'exercer plus ou moins utilement le droit de préférence, suivant que la charge résultant du bail devra rester attachée à l'immeuble pendant plus ou moins de temps. La question a donc ici son opportunité.

Elle a été nettement posée dans la discussion de la loi au sein du Corps législatif. « Le projet, disait M. Duclos, s'occupe des baux de dix-huit ans, non transcrits, qui pourront être opposés aux tiers pour dix-huit ans. Mais à partir de quelle époque? Est-ce du jour où l'acte sous seing privé aura été signé entre les parties? du jour où l'acte aura acquis date certaine? ou bien de celui où il sera opposé aux tiers? Le projet ne s'explique pas sur ce point si important, d'où peuvent sortir tant de contestations et de procès. Une telle lacune demande à être comblée. » Des observations de M. Duclos sont nés l'incertitude et le doute dans l'opinion des auteurs : les uns ont pensé que le point de départ des dix-huit ans doit être placé à la date de la vente, qui fera passer l'immeuble affermé aux mains du tiers acquéreur (1); d'autres ont été d'avis que c'est seulement à dater de la transcription de cette vente que les dix-huit ans devront prendre cours (2). Nous n'admettons, quant à nous, ni l'une ni l'autre solution : nous inclinons à croire que, dans la pensée du législateur, les dix-huit années accordées aux baux non transcrits, et qui cependant étaient, en raison de leur durée, assujettis à la formalité, datent de l'entrée en jouissance du fermier. Le principe de la loi, c'est qu'au delà d'une durée de dix-huit ans les baux doivent être rendus publics, afin que les tiers avec lesquels le propriétaire peut traiter, soit pour vendre l'immeuble, soit pour le grever hypothécairement, aient la possibilité d'apprécier la situation et de se fixer sur la valeur vénale de l'immeuble. Ainsi l'obligation de transcrire existe pour le fermier dès que son bail est fait pour une durée dépassant dix-huit années. Au contraire, tout bail qui se maintient dans cette mesure sans la dépasser confère, par lui-même et sans le secours de la transcription, un droit qui est absolu entre les mains du fermier, en ce sens qu'il est opposable aux tiers non moins qu'au propriétaire. Telles sont les deux

(1) *Voy.* MM. Rivière et Huguet (nos 232 et suiv.), Lemarcis (p. 23).
(2) *Voy.* M. Mourlon (*loc. cit.*, no 348). — *Voy.* toutefois M. Troplong (*loc. cit.* nos 203 et suiv.).

situations créées par la loi. Que fait-elle alors quand, un conflit d'intérêts se produisant entre le fermier et les tiers, elle trouve un fermier que la durée de son bail plaçait dans la première situation, c'est-à-dire dans celle où la transcription était nécessaire, et qui, cependant, s'est placé lui-même dans la seconde en ne transcrivant pas? Elle le maintient définitivement et d'une manière complète dans la situation qu'il s'est choisie; et, dans l'intérêt des tiers, elle suppose qu'à l'origine même le bail a été consenti pour cette durée de dix-huit ans qu'il pouvait atteindre sans être soumis à la transcription. Or si Joseph, qui, dans notre espèce, est entré en jouissance le 1er novembre 1856, n'avait loué la ferme que pour dix-huit ans, il est certain que, nonobstant la saisie immobilière du 1er novembre 1858 et la vente ou l'adjudication qui en sera la suite, les tiers devraient subir le bail pendant les seize années restant à courir pour en atteindre le terme. Donc les tiers devront subir cela et rien de plus, bien que le bail ait été fait pour une durée de vingt-quatre ans, parce qu'à défaut par Joseph d'avoir fait transcrire, comme il y était tenu en raison de la durée de son bail, la loi suppose que ce bail a été fait, à l'origine, pour toute la durée qu'il pouvait embrasser sans être assujetti à la transcription, et que, la fiction agissant ici comme la réalité, le bail prendra fin quand expirera le dernier jour de ce terme de dix-huit ans auquel il a été fictivement ramené.

Nous parlons, dans tous les cas, du bail même qui est en cours d'exécution. Supposons deux baux successifs consentis au même fermier; le premier est expiré, et c'est le second qui est en cours d'exécution au moment de la saisie : évidemment le point de départ des dix-huit années se placera au jour où ce second bail a commencé. Le premier est accompli, et quelles qu'en aient été les conditions et la durée, il est distinct du second, et aussi parfaitement, quoique consenti au même fermier, que s'il eût été consenti à un fermier différent.

D'autres difficultés peuvent naître de la loi sur la transcription, dans le point particulier qui concerne les baux. Il peut se présenter aussi d'autres hypothèses que celle de la saisie dont nous avons dû nous occuper ici, afin de combiner les dispositions du Code de procédure avec celles de la loi sur la transcription. Mais ces hypothèses et ces difficultés intéressent plus particulièrement l'acquéreur : c'est pourquoi nous renvoyons à nous en expliquer dans la partie de notre commentaire où nous traitons du droit de suite. (Art. 2166 et suiv.)

*370. Enfin, comme et avec les fruits, il faut classer parmi les immeubles par leur nature les produits extraordinaires de la terre, tels que les mines, les carrières et les tourbières. Mais ici encore il y a quelques distinctions à faire.

Dans l'état actuel de la législation, l'exploitation d'une mine implique trois propriétés distinctes : le sol au-dessous duquel gisent les substances minérales, la mine elle-même, qui ne peut être exploitée qu'en vertu d'un titre de concession délibéré au Conseil d'État, et la redevance à payer par le concessionnaire au propriétaire de la surface.

Quant au sol ou à la surface, nous n'avons rien à en dire : c'est là

le fonds de terre, c'est-à-dire la seule chose, à proprement parler, qui emprunte à sa nature même le caractère d'immeuble; nous nous en sommes occupé au n° 357.

Quant à la redevance, elle participe, entre les mains du propriétaire, de la nature du sol, lorsqu'elle est réunie à la valeur de la surface, et si la surface est affectée hypothécairement, la redevance est affectée avec elle. Cela est établi par l'art. 18 de la loi du 21 avril 1810, aux termes duquel « la valeur des droits résultant en faveur du propriétaire de la surface, en vertu de l'art. 6 de la présente loi, demeurera réunie à la valeur de ladite surface, et sera affectée avec elle aux hypothèques prises par les créanciers du propriétaire. » Mais séparée de la surface, la redevance doit être considérée dans son objet; or elle se résout en argent ou en choses mobilières : elle est donc mobilière. Nous trouvons la distinction nettement établie dans un arrêt par lequel la Cour de cassation juge que le droit de transcription ne doit pas être perçu sur le rachat, par le propriétaire d'une mine, de la redevance qui avait été séparée de la surface par un contrat antérieur, et se fonde précisément sur ce que « les redevances ne sont susceptibles d'hypothèque, aux termes des art. 18 et 19 de la loi du 21 avril 1810, que lorsque, réunies à la valeur de la surface, elles forment avec cette surface un tout resté indivis; mais que lorsqu'elles en sont séparées, après la concession de la mine, elles ne conservent que les effets distincts attachés à leur nature propre de rente mobilière, et se règlent, conformément à l'art. 42 de la même loi, à une somme déterminée par l'acte de concession (1). » La Cour de Besançon, statuant en audience solennelle, vient de faire une application de la règle en décidant que la redevance due, sous le nom de tréfonds, au propriétaire du sol dans lequel existe une mine concédée à des tiers cessant d'être un droit immobilier, lorsqu'elle a été séparée de la propriété superficielle par un acte d'aliénation, et notamment par un partage, tombe par cela même dans l'actif de la communauté d'acquêts, s'il n'a pas été fait d'inventaire ou d'acte équivalent (2).

Enfin, quant à la mine, elle constitue une propriété immobilière comme le sol ou la surface; l'art. 8 de la loi du 21 avril 1810 le dit expressément. Il s'ensuivrait dès lors que les mines seraient susceptibles d'hypothèque. Mais la conclusion ne doit pas être tirée d'une manière absolue; et la jurisprudence a distingué avec très-grande raison entre la concession même, qui, elle, a bien le caractère immobilier, et le droit d'exploiter, qui, se résumant en un profit pécuniaire, ce qui est le but de l'exploitation, est purement mobilier par cela même. « Il y a, disent les arrêts, des immeubles par leur nature qui deviennent meubles par destination; il en est ainsi des bois vendus à la charge d'être coupés (voy. *suprà*, n° 363); il en est de même, et à plus forte raison, des pierres soit déjà extraites de la carrière, soit vendues à charge d'en être

(1) Rej., 15 janv. 1840 (Dev., 40, 1, 207).
(2) Besançon, 12 mars 1857. (Voy. *le Droit* du 22 mars 1857.)

extraites. » Sur ce fondement, les arrêts décident que l'acte portant vente du droit d'exploiter une carrière ou une mine rend exigible seulement le droit des ventes mobilières (1); sur ce fondement, il faut décider également que, du moins entre les mains du cessionnaire du droit *seul* d'exploiter, ce droit est purement mobilier et non susceptible d'hypothèque.

Mais de ce que ce droit est insusceptible d'hypothèque, il ne s'ensuit pas qu'il ne doive jamais être soumis à la transcription. Par exemple, propriétaire d'un vaste terrain, je vous loue pour trente ans le droit d'extraire du plâtre qui se trouve sous ce terrain, à la charge d'une redevance fixée par chaque muid de plâtre sortant de la carrière, ou de tant par mètre cube exploité. C'est là un bail, comme nous l'avons démontré dans la *Revue critique* (t. I, p. 547 et suiv.), contre une jurisprudence qui, du moins en matière d'enregistrement, semble s'être attachée à ne voir dans les conventions ayant pour objet le droit d'exploiter que des ventes, et à ne les considérer jamais, depuis 1837, comme susceptibles de tomber sous l'application des dispositions fiscales qui tarifent les baux. Il n'en faut pas moins voir un bail dans l'espèce supposée; et dès lors ce bail devra être soumis à la transcription, sans quoi le deuxième paragraphe, art. 3, de la loi du 23 mars 1855, lui serait applicable : il ne pourrait pas être opposé aux tiers pour une durée de plus de dix-huit ans. Par exemple encore, un carrier exploite une carrière par le cavage, et il est propriétaire de sa bouche de cavage; il m'achète le dessous de ma pièce de terre, parce qu'il forme un mur de séparation entre la masse qu'il possède à droite et la masse qu'il possède à gauche de l'autre côté de ma pièce de terre. Je constitue par là, sous mon terrain, une servitude de passage au profit de la bouche de cavage que mon acquéreur possède comme fonds immobilier; et, à ce titre de constitution de servitude, la vente que j'ai consentie devra être transcrite, aux termes de l'art. 2 de la loi du 23 mars 1855.

Ainsi, quand nous disons que le droit *seul* d'extraire les produits d'une mine ou d'une carrière est un droit non susceptible d'hypothèque, il faut bien entendre que la proposition ne préjuge rien au point de vue de la transcription, et reconnaître au contraire que ce droit, s'il dégénère, soit en bail de plus de dix-huit ans, soit en servitude réelle, sera sujet à transcription, quoiqu'il se maintienne toujours insusceptible d'hypothèque.

Nous n'insistons pas davantage sur les immeubles de la première catégorie, et nous passons à ceux de la seconde.

V. — 371. La deuxième catégorie d'immeubles est celle qui comprend les choses corporelles, qualifiées immeubles par leur destination. Ces immeubles, dont il est question aux art. 522 et suivants du Code Napoléon, sont tous les objets qui, étant meubles par leur nature et

(1) *Voy.* arrêts de la Cour de cassation des 19 mars 1816, 13 août 1833 et 11 janv. 1843 (Dev., 33, 1, 784; *J. P.*, 1843, t. II, p. 11). *Secùs*, si l'acte comprenait, avec le droit d'exploiter, *tous les droits dans la concession*. Rej., 30 mars 1842 (Contrôleur, art. 6246).

conservant en eux-mêmes ce caractère de meubles, sont unis au fonds pour y rester attachés à perpétuelle demeure, et sont par ce motif fictivement immobilisés. Ce sont précisément ces objets que notre article désigne sous la qualification d'*accessoires*.

Dans cette seconde catégorie d'immeubles, l'immobilisation résulte encore, comme à l'égard des bâtiments et des fruits dans la première, de l'adhérence de la chose mobilière à un immeuble par sa nature. Cette adhérence, qui est le fait de l'homme, n'opère cependant l'immobilisation que lorsqu'elle se présente dans certaines conditions déterminées par la loi, mais dont la réalisation a prêté beaucoup à la controverse. Sans revenir ici sur cette controverse que nous avons exposée ailleurs (1), et que Marcadé a exposée aussi dans son commentaire des art. 522 et suivants, nous rappellerons les conditions auxquelles se produit l'immobilisation.

372. En thèse générale, on peut dire que les choses dont il s'agit ici recevant le caractère immobilier de leur destination même, qui les appelle à rester *perpétuellement* unies à un immeuble auquel elles sont ou attachées ou incorporées, la perpétuité de la destination est la condition principale, la condition essentielle sans laquelle l'immobilisation ne serait pas opérée. Mais il faut ajouter que cette perpétuité, qui résulte parfois de la force même des choses et de la nature du rapport établi entre l'immeuble et l'objet mobilier fictivement immobilisé, ne peut le plus souvent s'induire que de l'intention présumée de la personne qui a mis l'objet mobilier en rapport intime avec l'immeuble. Une conséquence notable s'induit de là : c'est que si l'immobilisation est effectuée, quelle que soit la cause par laquelle l'union s'est réalisée, en ce qui concerne les objets dont la destination immobilière résulte de la force même des choses, il n'en est pas de même relativement aux objets dont la destination immobilière s'induit de l'intention présumée de la personne qui les a incorporés à l'immeuble; à l'égard de ceux-ci, l'immobilisation ne peut avoir lieu s'ils n'ont pas été mis en rapport avec l'immeuble par le propriétaire lui-même ou par celui qui était réputé propriétaire.

Toutefois cette distinction a été contredite. Quelques auteurs ont enseigné que les semences, les instruments aratoires, les animaux placés sur un fonds pour la culture, sont immeubles, quoiqu'ils aient été placés sur ce fonds *par l'usufruitier, par l'emphytéote, ou par le tiers détenteur* (2). Mais si cela est exact quant au placement fait par le tiers détenteur, en ce que celui-ci est propriétaire ou réputé tel, tant que le vice de sa possession n'est pas reconnu, et en ce que même il peut devenir propriétaire d'une manière irrévocable s'il possède pendant assez de temps pour prescrire (3); cependant cela est certainement inexact quant au

(1) *Voy.* le *Traité du Contrat de Mariage*, que nous avons publié avec M. Rodière (t. I, nos 440 et suiv.).

(2) *Voy.* MM. Duranton (t. IV, n° 59), Dalloz (nouv. édit., v° Biens, n° 119), Taulier (t. II, p. 153).

(3) C'est l'avis que nous avons exprimé dans la *Revue critique* (t. I, p. 745). M. Demolombe partage aussi ce sentiment (t. IX, nos 208, 209).

placement fait par l'usufruitier, et même par l'emphytéote, du moins en ce qui concerne les objets que celui-ci aurait le droit d'enlever après les avoir placés pour en jouir pendant la durée de son bail. C'est qu'en effet l'emphytéote et l'usufruitier ne sont pas propriétaires; or les art. 524 et 525 exigent, comme l'une des conditions essentielles de l'immobilisation par destination, que les objets mobiliers aient été placés sur le fonds *par le propriétaire*. C'est ensuite qu'ils exercent un droit dont la durée est limitée, et que, par conséquent, on ne peut supposer en eux l'intention d'avoir attaché à perpétuelle demeure un objet mobilier au fonds dont ils jouissent, ni la volonté d'en perdre la propriété; or les mêmes articles du Code exigent, comme une seconde condition essentielle de l'immobilisation par destination, que les objets aient été placés sur le fonds *à perpétuelle demeure*. L'opinion que nous combattons ne saurait donc être admise; et en effet, elle est rejetée directement par le plus grand nombre des auteurs (1) et aussi virtuellement par une jurisprudence spéciale d'après laquelle les machines placées par un *locataire* sur un immeuble loué ne doivent pas être réputées, à son égard, immeubles par destination (2).

Tenons donc pour certain que s'il y a des choses qui deviennent fictivement immeubles par le seul fait de leur accession à un immeuble par sa nature, il en est d'autres aussi qui ne sont immobilisées qu'à la condition d'avoir été placées par le propriétaire lui-même ou en son nom.

D'où suit, pour arriver à l'application de notre article, que les choses de la première catégorie seront nécessairement, par cela seul qu'elles seront attachées à l'immeuble, grevées des hypothèques dont cet immeuble serait affecté : ainsi en sera-t-il des clefs, des cadenas et, en général, de ce qui sert à la clôture de la maison; ainsi encore des échalas d'un vignoble et des choses qui, sans être *in bonis* par leur nature, appartiennent à l'homme comme une dépendance d'un fonds qui lui appartient, telles que les ruches à miel, les pigeons des colombiers, les poissons des étangs, les lapins des garennes, et tout le gibier enfermé dans un parc; ainsi encore les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou autre héritage, lesquels tuyaux sont déclarés immeubles comme faisant partie de l'héritage, sans que la loi exige à leur égard qu'ils aient été placés par le propriétaire (3) (art. 523). Au contraire, les choses de la seconde catégorie subsistent dans leur état de meubles, quoique adhérentes ou attachées à l'immeuble, et conséquemment elles échappent aux hypothèques dont l'immeuble est grevé, s'il

(1) *Voy.* Pothier (*De la Commun.*, n° 63). — *Junge :* notamment MM. Proudhon (*Dom. priv.*, t. I, n° 166), Bugnet sur Pothier (*loc. cit.* et *Int. gén. aux Cout.*, n° 4), Marcadé (art. 525, n° 4), Demolombe (t. IX, n°s 210 et suiv.). — *Voy.* aussi ce que nous avons dit au *Tr. du Cont. de Mar.* (*loc. cit.*) et dans la *Revue crit.* (*loc. cit.*).

(2) Bruxelles, 8 avr. 1811; Liége, 14 fév. 1824; Paris, 9 déc. 1836; Grenoble, 20 fév. 1843 (Dev., 44, 2, 11).

(3) M. Demolombe considère même les tuyaux comme immeubles *par leur nature* (t. IX, n° 140). — Mais *voy.* MM. Delvincourt... Demante (t. I, n° 521), Delvincourt (t. I, p. 136), Toullier (t. II, n° 15), Marcadé (art. 523), Taulier (t. II, p. 147).

est constant que l'adhésion ou la fixation dans l'immeuble est le fait d'un autre que le propriétaire même de l'immeuble ou d'un tiers détenteur possédant à titre de propriétaire.

373. Nous avons dit qu'on trouve dans les données de la jurisprudence la confirmation de ces solutions. Voici pourtant une espèce dans laquelle elles sont contredites ; elle se rattache, il est vrai, aux matières d'enregistrement ; mais la décision intervenue a pour base de prétendus principes puisés dans le droit civil. C'est à ce point de vue qu'il importe de l'apprécier.

Une société s'était formée à Angers pour la fabrication des huiles par le moyen d'une pompe à vapeur. En 1826, des poursuites étant exercées contre l'un des sociétaires, propriétaire de la maison à laquelle les machines avaient été incorporées par la société, la licitation de l'immeuble et des machines fut provoquée par les poursuivants. Les associés, alors, revendiquèrent la machine à vapeur et les ustensiles comme appartenant non pas exclusivement à l'associé poursuivi, mais à la société, et il intervint un jugement préparatoire qui convertit la saisie de l'immeuble en vente volontaire, et ordonna « que la machine serait vendue avec les bâtiments dans l'intérêt commun des parties, et que le prix de la maison serait attribué aux créanciers du saisi, mais que celui de la machine serait réparti entre les associés. » La vente eut lieu moyennant une somme unique de 111,000 fr. applicables, savoir : 33,300 fr. au bâtiment, et 77,700 à la machine et aux ustensiles. Le receveur ayant perçu, lors de l'enregistrement de l'acte, le droit des transmissions immobilières sur le prix total de 111,000 fr., l'acquéreur demanda que le droit fût réduit au taux des ventes mobilières au moins pour les 77,700 fr. applicables aux machine et ustensiles. Mais le tribunal d'Angers, et après lui la Cour de cassation (1), ont décidé qu'il avait été reconnu en fait que le débiteur saisi était propriétaire de la maison où avait été placée la machine à vapeur, et qu'en même temps il faisait partie de la société à laquelle appartenait cette machine ; que la machine avait été placée dans la maison par la société et dans l'intérêt de tous les associés ; qu'il était constaté qu'elle y avait été scellée de manière à ne pouvoir en être détachée sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle elle adhérait ; que, *dans cet état,* ladite machine à vapeur était un immeuble par destination, *aux termes des art.* 524 *et* 525 *du Code civil;* et dès lors que la maison et la machine ayant été, du consentement de tous les associés, vendues ensemble, moyennant un prix unique, la perception du droit de 5 et demi pour 100 sur la totalité de ce prix avait été régulièrement faite.

Il est permis de penser que si, au lieu de statuer sur le taux à raison duquel devait être fixée la quotité du droit d'enregistrement rendu exigible par la convention, la Cour de cassation eût eu à déterminer l'étendue d'une hypothèque dont aurait été grevée la maison à laquelle

---

(1) Arrêt du 8 avr. 1829. (*Voy.* l'arrêt à sa date dans la collection de M. Devilleneuve et au *Journal du Palais.*)

la machine était incorporée, elle n'aurait pas affirmé que, dans les circonstances données, l'hypothèque s'étendait jusqu'à la machine comme immobilisée *en vertu des art.* 524 *et* 525 *du Code Napoléon.* Sans doute, ce point auquel l'arrêt a tout ramené, à savoir que les machines n'auraient pas pu être détachées sans détérioration de l'immeuble auquel elles avaient été incorporées, ce point est indiqué dans l'art. 525. Mais la loi suppose-t-elle que cette circonstance suffira à elle seule pour que l'immobilisation soit opérée? Non, évidemment. « *Le propriétaire,* dit l'art. 525, est censé avoir attaché à son fonds des effets mobiliers à perpétuelle demeure... lorsqu'ils ne peuvent être détachés... sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés. » Or que s'induit-il de là? Non-seulement que cette condition, que les objets mobiliers ne puissent pas être détachés sans détérioration, n'est pas suffisante à elle seule pour que l'immobilisation résulte de sa réalisation, mais encore que le placement ne vaut par lui-même que lorsqu'il a été fait *par le propriétaire* sur son fonds. Or les machines, dans l'espèce, avaient été incorporées à l'immeuble par une société à laquelle cet immeuble n'appartenait pas. A la vérité, le propriétaire de l'immeuble était lui-même associé; mais cela ne faisait pas que la société fût propriétaire; la propriété résidait toujours sur la tête du sociétaire qui, comme individu, avait des droits distincts et parfaitement indépendants de ceux de l'être moral appelé société. Les sociétaires n'avaient donc pu ni immobiliser la machine, ni l'identifier avec le fonds d'autrui, et, par conséquent, les hypothèques que le propriétaire de ce fonds aurait pu conférer et qui auraient été inscrites sur son immeuble auraient grevé cet immeuble sans atteindre la machine qui appartenait à la société, et qui, par cela même, avait conservé, nonobstant l'adhérence à l'immeuble, son caractère purement mobilier. Si la Cour de cassation a décidé que la vente même de la machine devait, comme celle de l'immeuble, subir le droit des mutations immobilières, c'est par un oubli évident des principes du pur droit civil, par un de ces oublis dont la jurisprudence en matière d'enregistrement offre de trop fréquents exemples.

Mais l'arrêt, qui, d'ailleurs, même au point de vue spécial où il est rendu, a été critiqué (1), ne saurait infirmer les vérités de droit acquises et proclamées par la doctrine et par la jurisprudence, en ce qui concerne les conditions essentielles de l'immobilisation par destination : et nous pouvons répéter que s'il y a des choses mobilières qui deviennent fictivement immeubles par le fait seul de leur accession à un immeuble par sa nature, il en est d'autres aussi qui ne sont immobilisées qu'à la condition d'avoir été placées sur le fonds par le propriétaire lui-même ou en son nom, et dans l'intention de faire désormais de ces choses des dépendances du fonds (2).

(1) *Voy.* MM. Championnière et Rigaud (*Tr. des dr. d'enregistr.*, n° 3189). *Voy.* aussi ce que nous avons dit dans le Supplément au Traité de ces auteurs (n° 309) et dans la *Revue crit.* (t. I, p. 746). — *Junge :* M. Demolombe (t. IX, n° 214).

(2) A quels signes et dans quelles circonstances cette intention pourra-t-elle être re-

374. Ce sont ces choses mobilières, ainsi fictivement immobilisées, que notre article déclare susceptibles d'hypothèque, lorsque, après avoir mentionné les immeubles, il ajoute : *et leurs accessoires réputés immeubles*. Mais ce n'est pas à dire, comme cette simple mention pourrait le faire croire, que ces choses soient susceptibles d'être hypothéquées distinctement; l'hypothèque n'atteint les objets immobilisés qu'accessoirement au fonds et par extension; c'est-à-dire que lorsqu'elle est établie sur le fonds, elle s'étend jusqu'aux objets incorporés qui en sont les auxiliaires, comme elle s'étend, d'après l'art. 2133, dont nous allons nous occuper tout à l'heure, à toutes les améliorations survenues au fonds. Cette corrélation entre l'immeuble et ses accessoires réputés immeubles au point de vue de l'hypothèque a été mise dans tout son jour par la loi belge du 16 décembre 1851, en ce que, au lieu de présenter l'énumération telle qu'elle est faite dans notre article, cette loi mentionne les biens immobiliers seulement dans un paragraphe spécial, et ajoute, dans un paragraphe distinct, que « l'hypothèque acquise s'étend aux accessoires réputés immeubles (2). » Mais si notre article est moins explicite, la portée en est la même : la loi, suivant l'expression de M. Tarrible, n'a ni voulu, ni entendu que l'on pût séparer les accessoires du principal, et établir sur ces accessoires fugitifs une hypothèque dont l'existence est nécessairement liée avec l'immobilité de l'objet sur lequel elle est assise. Ce point n'a jamais été contesté (3).

375. De là une première conséquence : c'est que l'immobilisation, dès qu'elle est opérée, profite à l'hypothèque acquise même antérieurement. Par exemple, Joseph, créancier de Pierre, a pris inscription sur la maison dont ce dernier est propriétaire. Plus tard, Pierre incorpore à cette maison des objets mobiliers, dans les conditions voulues pour opérer l'immobilisation. L'hypothèque conférée à Joseph s'étend à ces objets; elle s'y étend, moins en vertu de l'art. 2133, qui fait profiter l'hypothèque de toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué (disposition qui a sa signification spéciale), qu'en vertu de notre article, qui, entendu ainsi qu'il doit l'être, a pour effet précisément d'assurer à l'hypothèque le bénéfice résultant de l'immobilisation par destination. On peut invoquer en ce sens, et même par *à fortiori*, la jurisprudence, dont nous avons rendu compte dans notre commen-

---

connue? Les art. 522 et suivants, notamment l'art. 525, font, à cet égard, certaines précisions autour desquelles se sont élevées, dans l'application, des difficultés sérieuses. Comme nous l'avons dit déjà, ce n'est pas le cas ici d'entrer dans ces détails, dont Marcadé, d'ailleurs, s'est occupé en traitant *De la Distinction des biens* (*voy.* t. II, n[os] 348 et suiv.). Le lecteur pourra consulter aussi les travaux de M. Demolombe (t. IX, n[os] 219 et suiv.); il y trouvera l'un des commentaires les plus complets et les plus instructifs de cette partie de notre droit. Nous renvoyons également, pour un point spécial, l'immobilisation des glaces d'appartement, à un remarquable article que notre savant ami, M. Coin Delisle, a publié dans la *Revue critique de jurisprudence* (t. III, p. 24 et suiv.).

(2) *Voy.* M. Delebecque (*Comm. législ.*, p. 190).

(3) *Voy.* MM. Persil (art. 2118, n° 5), Tarrible (*Rép. de Merlin*, v° Hyp., p. 808), Taulier (t. VII, p. 231), Duranton (t. XIX, n° 254), Valette (n° 127, p. 186), Dalloz v° Hyp., p. 120, n° 3), Troplong (n° 399).

taire de l'art. 2102, d'après laquelle le vendeur de machines ne peut plus, du moment où elles ont été incorporées aux immeubles pour lesquels elles étaient destinées, exercer le privilége de vendeur au préjudice des créanciers hypothécaires inscrits sur les immeubles. (Voy. *suprà*, nº 154.) On peut invoquer également les décisions suivant lesquelles l'hypothèque consentie sur une usine et ses accessoires réputés immeubles s'étend aux objets qui, depuis le contrat constitutif de l'hypothèque et l'inscription du créancier, ont été renouvelés pour cause de vétusté (1). Il s'agit là d'objets imobiliers immobilisés à la place d'autres objets qui avaient été précédemment immobilisés. Mais la raison de décider est évidemment la même.

376. Une autre conséquence du principe, c'est que les objets mobiliers immobilisés ne sont grevés de l'hypothèque assise sur l'immeuble qu'autant que l'immobilisation continue. Les objets mobiliers viennent-ils à être détachés de l'immeuble ou cessent-ils d'être appliqués à la culture ou à l'exploitation du fonds dont ils formaient les auxiliaires ou les dépendances, ils rentrent dans leur nature primitive de biens meubles; en sorte que la cause qui les avait rendus susceptibles d'hypothèque venant à cesser, la charge hypothécaire cesse par cela même de les atteindre. Ainsi, Paul a mis sur sa propriété des bestiaux, des ustensiles aratoires, pour son exploitation; ces objets sont par là devenus immeubles par destination, et, comme tels, ils ont été grevés de l'hypothèque dont la propriété était affectée au profit de Pierre. Mais Paul, entièrement libre de ses droits, vend, sans fraude, ces bestiaux et ces ustensiles; ces objets reprennent leur nature primitive, car, n'appartenant plus au propriétaire du fonds, et n'étant plus attachés à ce fonds, ils cessent d'être dans la condition qui les avait immobilisés : le gage de Pierre est diminué d'autant.

Ceci est constant en doctrine et en jurisprudence (2). Voici cependant une espèce dans laquelle les principes ont été, sous ce rapport, très-gravement méconnus.

Dardouville, propriétaire d'un établissement de bains, était débiteur de Monchy, auquel il avait conféré hypothèque sur la maison à laquelle son établissement était attaché. Plus tard, il loua cet établissement à Laine, auquel il vendit en même temps les objets mobiliers composant son matériel d'exploitation. A quelque temps de là, la maison fut saisie immobilièrement et vendue, toutefois sans le matériel, dont Laine avait demandé la distraction. Monchy, créancier hypothécaire, s'était rendu adjudicataire; mais le prix n'ayant pas suffi pour le remplir de sa créance, il recourut contre Laine comme tiers détenteur du matériel des bains, et lui fit sommation d'avoir à lui faire le délaissement de ce matériel ou à

(1) Rouen, 17 mai 1825. (*Voy.* l'arrêt, à sa date, au *Journ. du Pal.*) — Dans le même sens, un arrêt de la Cour de Paris du 28 juin 1843. (*Voy.* aussi l'arrêt, à sa date.) — *Junge* : M. Martou (nº 718).

(2) *Voy.* Cour de cass., 5 août 1829, 3 août 1831, 17 juill. 1838, 25 mai 1841 (Dev., 21, 1, 388; 38, 1, 869; 41, 1, 369); Bourges, 31 janv. 1843; Paris, 5 août 1852 (Dev., 44, 2, 67; *J. P.*, 1853, t. I, p. 224). — *Voy.* aussi MM. Troplong (nº 390), Valette (p. 225, 226), Martou (nº 719).

lui en payer le prix. Sur ce, instance devant le tribunal civil de la Seine, qui juge « que Monchy n'a pu être privé d'aucun des droits à lui appartenant sur les meubles formant le matériel des bains par suite de l'affectation hypothécaire; que ce principe de droit s'applique aux objets immeubles par destination comme aux immeubles proprement dits; et que, faute d'avoir purgé les hypothèques grevant les objets dont s'agit, Laine, comme tiers détenteur, se trouvait obligé de payer le montant des charges hypothécaires ou de délaisser. » Et la Cour de Paris, acceptant pleinement cette théorie, la consacre, sur l'appel, par une adoption pure et simple des motifs (1).

Il y a peu de décisions, cependant, dont les motifs se défendent moins bien par eux-mêmes. Comment admettre, d'abord, cette thèse si absolue dont l'arrêt fait son point de départ, à savoir : qu'un créancier hypothécaire ne peut être privé d'aucun des droits à lui appartenant par suite de l'affectation hypothécaire sur un matériel fictivement immobilisé? Est-ce qu'il n'est pas élémentaire que des objets meubles par leur nature, lorsqu'ils sont immobilisés par l'accession, ne sont immeubles qu'accidentellement, de telle sorte que, s'ils viennent à être séparés, l'immobilisation cesse; que cette immobilisation, qui est la cause de l'hypothèque, venant à cesser, la charge hypothécaire, qui est l'effet, doit cesser également? N'est-ce pas là, lorsque d'ailleurs toutes choses se sont accomplies sans fraude, une vérité évidente, si évidente par elle-même qu'on ne peut pas tenter même de la démontrer? Comment admettre ensuite cette autre idée, dans laquelle se complète l'arrêt, que l'acheteur du matériel doit être tenu, comme tiers détenteur, pour n'avoir pas purgé les hypothèques dont ce matériel était grevé! Mais il s'agit d'objets mobiliers! Celui qui achète un matériel d'exploitation achète des meubles, ni plus ni moins. Et qui a jamais entendu parler, dirons-nous avec M. Valette, d'une purge effectuée par un acheteur de meubles (2)? Comment l'acheteur de choses de cette nature s'y prendrait-il pour purger? Quelles sont les formalités qu'il aurait à remplir? Et quelles indications, quels enseignements puiserait-il dans la loi qui, dans tout ce qu'elle dit sur la purge, se met en présence d'une aliénation d'immeubles? Evidemment l'arrêt de la Cour de Paris reste à côté de la vérité juridique, et sa décision ne fera pas autorité.

Ce qui peut-être a déterminé la Cour au parti qu'elle a pris, sans qu'elle l'ait dit pourtant, c'est que, dans l'espèce, le matériel d'exploitation avait été vendu par le propriétaire au locataire même, et, par conséquent, était resté dans la maison ou tout au moins dans l'établissement attaché à cette maison. Mais cette circonstance même ne justifie pas la décision; car si la vente, lorsqu'elle est suivie de l'enlèvement des objets vendus, a pour effet de détruire l'immobilisation et, par suite, de soustraire à l'hypothèque les objets rendus à leur nature de biens mobiliers, il n'y a aucune raison assurément pour qu'il n'en soit pas de même de la vente non suivie d'enlèvement, de la vente faite à

(1) *Voy.* Paris, 29 fév. 1836 (Dev., 36, 2, 349).
(2) M. Valette (*loc. cit.*).

un acheteur qui, pour une raison ou pour une autre, juge à propos de laisser sur place les objets qu'il a achetés : dans ce dernier cas aussi, il est vrai de dire que les objets vendus ne sont plus dans la condition même qui produit l'immobilisation, en ce que, n'appartenant plus au propriétaire du fonds, ils ne peuvent pas être considérés comme attachés à ce fonds à perpétuelle demeure. Cela, d'ailleurs, est reconnu par plusieurs des arrêts cités en note, lesquels consacrent notre solution précisément dans ce cas de vente non suivie du déplacement des objets vendus; et l'un de ces arrêts émane de la Cour de Paris elle-même, qui, mieux pénétrée des principes, est revenue sur sa précédente décision.

Tenons donc pour certain que les objets mobiliers qui, après avoir été immobilisés par la destination, sont rendus à leur nature primitive de biens meubles cessent par cela même d'être atteints par l'hypothèque dont est grevé l'immeuble auquel ils avaient été incorporés. Est-ce à dire, pourtant, que le débiteur, propriétaire de l'immeuble, puisse à son gré, et en tout état de choses, opérer la séparation sans que ses créanciers hypothécaires aient aucun moyen de s'opposer à la diminution de leur gage? La question a son importance. Mais ce n'est pas le lieu ici de la traiter; et, sauf à y revenir (voy. *infrà,* n° 417), nous passons aux immeubles de la troisième catégorie.

VI. — 377. La loi range dans une troisième catégorie d'immeubles « l'usufruit des choses immobilières; les servitudes ou services fonciers; les actions qui tendent à revendiquer un immeuble. » (Code Napoléon, art. 526.) Il ne s'agit plus ici de choses matérielles, qu'on peut voir et toucher, comme celles des deux catégories dont chacune jusqu'ici a fait successivement l'objet de nos observations, mais de choses incorporelles qui n'ont pas d'existence physique, de droits existant sur des immeubles ou ayant des immeubles pour objet. Nous disons qu'il s'agit de droits existant sur des immeubles ou ayant des immeubles pour objet, parce que, en effet, l'art. 526 du Code Napoléon immobilise deux espèces distinctes de droits : les uns, auxquels se réfèrent les deux premiers paragraphes de l'article, qui sont des démembrements de la propriété d'un immeuble; les autres, auxquels se réfère le dernier paragraphe, qui tendent à procurer la propriété d'un immeuble ou un démembrement de cette propriété.

Du reste, la disposition de cet art 526 est fort incomplète sur l'une comme sur l'autre espèce de droits : dans la première, nous le savons déjà, se placent, non pas seulement l'usufruit et les servitudes ou services fonciers dont parle l'article, mais encore l'usage et l'habitation, l'hypothèque, etc.; dans la seconde se placent, non pas, comme le dit l'article, *les actions qui tendent à revendiquer un immeuble,* mais tous droits qui, sans reposer actuellement sur l'immeuble, tendent à lui, et doivent procurer à la personne la propriété ou un démembrement de la propriété de cet immeuble.

Nous n'avons pas à insister ici sur ces lacunes du texte de l'art. 526; il faut, à cet égard, se reporter au commentaire de Marcadé (t. II, n°s 355 et suiv.) : nous avons seulement à rechercher quels sont, de tous les

droits en question (et par conséquent non-seulement des droits énumérés dans l'art. 526, mais encore des droits qu'il faut ajouter à l'énumération), ceux qui sont susceptibles d'hypothèque. Voyons donc successivement, à ce point de vue, ce qui en est de l'usufruit, des baux et spécialement de l'emphytéose et autres contrats analogues, de l'usage et de l'habitation, des servitudes ou services fonciers, de l'hypothèque, et des actions ayant pour objet la propriété d'un immeuble ou un démembrement de la propriété.

378. En ce qui concerne l'usufruit, il n'y a pas de doute possible : c'est le seul de tous les droits ci-dessus indiqués que notre art. 2118 ait mentionné comme étant susceptible d'hypothèque. Mais si la règle est certaine, l'application n'en est pas sans quelques difficultés. Quel est précisément le droit que notre article a en vue? Comment et dans quelle mesure ce droit peut-il être atteint par l'hypothèque? Ce sont les points à préciser.

379. On s'est demandé d'abord s'il y a lieu de comprendre, dans l'usufruit que notre article déclare susceptible d'hypothèque, la jouissance accordée au père durant le mariage, et après la dissolution du mariage au survivant des père et mère, des biens de leurs enfants mineurs jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans (Code Napoléon, art. 384). Quelques auteurs ont émis des théories d'où s'induit la solution affirmative. Ainsi Proudhon enseigne que « ce droit de jouissance est véritablement un droit d'usufruit légal; qu'il est soumis aux règles générales de l'usufruit, comme toute espèce particulière rentre sous le gouvernement du genre auquel elle appartient; » et, plus loin, il suppose sans hésiter que ce droit peut être l'objet d'une saisie réelle de la part des créanciers du père, et qu'il peut être vendu par eux (1).

Les rédacteurs des projets récemment soumis à l'Assemblée législative pensaient là-dessus tout autrement; ils avaient même jugé à propos de le dire : et, en effet, en déclarant l'usufruit des biens immobiliers susceptible d'hypothèque, ils avaient formellement excepté *l'usufruit légal des père et mère* (voy. *suprà*, n° 348). A notre avis, cela même n'était pas nécessaire : nous pensons que la réserve, quoique non écrite dans la loi, n'en doit pas moins être reconnue. Le droit de jouissance accordé au père ou au survivant des père et mère ne peut pas, quoi qu'on en dise, être justement assimilé à l'usufruit ordinaire. Il ne constitue pas à vrai dire, comme l'usufruit proprement dit, un démembrement de la propriété des biens appartenant aux enfants; et ce qui le prouve, c'est que les lois fiscales n'ont jamais entendu que le père ou la mère venant, en vertu de la simple puissance paternelle, à l'administration ou jouissance des biens de leurs enfants mineurs non émancipés, fût redevable d'aucun droit envers le fisc. C'était la déclaration formelle de la loi du 9 octobre 1791, dont la disposition en ce point a été remise en vigueur, lorsque l'usufruit paternel, momentanément aboli par la loi

(1) *Voy.* Proudhon (*De l'Usuf.*, n°s 125 et 221). — *Junge :* MM. Zachariæ (t. III, p. 683), Duvergier (*De la Vente*, t. I, n° 213).

du 17 nivôse an 2, a été rétabli par l'art. 384 du Code Napoléon (1). Qu'est-ce donc que ce droit? C'est une sorte d'administration avec jouissance des revenus, il est vrai, mais aussi avec des obligations et des charges corrélatives, à l'accomplissement desquelles ces revenus doivent avant tout être employés; c'est ensuite un attribut de la puissance paternelle, sinon un attribut essentiel, puisqu'il se peut faire qu'un autre que le père ou la mère exerce cette administration, au moins un droit dérivant de cette puissance paternelle et qui n'en peut ou n'en doit être détaché que dans les cas spécialement prévus par la loi.

Et comment, en dehors de ces cas, un tel droit pourrait-il être transmis par le père et passer en d'autres mains que les siennes? Cela n'est pas possible, parce que le père ou la mère ne pourrait aliéner ce droit sans amoindrir entre ses mains, et peut-être sans perdre entièrement les moyens de satisfaire complétement aux obligations qui lui sont corrélativement imposées, sans abdiquer plus ou moins une mission qu'il est de son devoir et de son honneur de remplir à lui seul, ou sans se condamner à subir un contrôle qui, paralysant son action, ne lui permettra pas, dans l'accomplissement des charges, du moins de la plus essentielle de toutes, celle qui a trait à l'éducation et à l'entretien, de tout régler, ainsi qu'il le doit faire, eu égard à la situation particulière, aux besoins, à l'aptitude de chacun des enfants. Or, si en raison de cela le droit de jouissance et d'administration conféré au père ou au survivant du père ou de la mère ne peut pas faire l'objet d'une aliénation volontaire de la part du père ou de la mère, il est de toute évidence qu'il ne peut pas être perdu non plus par l'effet d'une aliénation forcée; d'où on doit arriver, par une conséquence ultérieure, à reconnaître qu'un tel droit n'est pas susceptible d'être grevé d'une hypothèque, qui est elle-même un premier pas vers cette aliénation forcée, et qui ne serait rien pour le créancier hypothécaire si elle ne pouvait pas y conduire. C'est l'opinion dominante (2).

380. Ce que nous disons de l'usufruit légal, il faut le dire également des droits de jouissance qui appartiennent à la communauté sur les biens propres de chacun des époux, ou au mari sur les biens de sa femme dans le régime dotal ou dans les stipulations de mariage exclusives de communauté. (Code Napoléon, art. 1401, 1409, 1549 et 1562.) Il faut le dire également du droit de jouissance attribué aux envoyés en possession provisoire des biens d'un absent, dans les termes de l'art. 127 du Code Napoléon. Nous ne saurions voir dans tout cela qu'un simple droit d'administration établi en vue de situations diverses, et nullement le droit d'usufruit proprement dit, c'est-à-dire le droit qui constitue le démembrement le plus notable de la propriété.

381. Ce que notre article a en vue, c'est précisément ce démembrement de la propriété. Nous trouvons là, en effet, un droit réel qui peut

(1) Voy. les arrêts de la Cour de cassation des [illegible] mai 1811 et 13 juin 1842 (Dev., 42, 1, [illegible]).

(2) Voy. en ce sens, MM. Duranton (t. III, n° 103 bis, et t. IV, n° 486), Demolombe (t. VI, n° [illegible]), Marcadé (n° [illegible]), Valette sur Proudhon (t. I, p. 267).

faire l'objet d'une cession volontaire de la part de celui qui l'exerce (Code Napoléon, art. 595); nous y voyons un de ces biens dont le possesseur peut être dépossédé par la voie de l'expropriation forcée, et qui, par suite, peut être vendu aux enchères (art. 2204) : il rentre donc dans les conditions voulues pour être susceptible d'hypothèque. (Voy. *suprà*, n° 355.)

Et notez bien que l'hypothèque peut être consentie sur l'usufruit non-seulement lorsqu'il est séparé de la nue propriété, mais encore quand il est réuni à cette nue propriété entre les mains du même propriétaire. Sans doute, la loi nous dit bien que l'usufruit est le droit de jouir des choses dont *un autre* a la propriété (art. 578); mais il ne s'ensuit pas que l'usufruit, c'est-à-dire l'utilité même d'un immeuble, ne puisse se concevoir que séparé de la propriété. Nous ne saurions donc admettre l'opinion émise par quelques jurisconsultes (1), d'après lesquels, tant que la jouissance et la nue propriété ne sont pas détachées l'une de l'autre pour être dévolues à des personnes différentes, il n'y aurait pas d'usufruit susceptible d'être hypothéqué. Comme nous l'avons dit plus haut (*voy.* n° 332), il nous paraîtrait contradictoire que celui qui peut détacher l'usufruit de sa chose pour l'aliéner ne pût pas le détacher pour le grever d'hypothèque; ou encore que celui qui, en consentant une hypothèque, peut stipuler que cette hypothèque ne grèvera que la moitié de son immeuble au lieu de le grever en totalité, ne pût pas stipuler qu'au lieu de grever la pleine propriété de cet immeuble, elle en atteindra seulement la portion utile, c'est-à-dire l'usufruit (2). Sans doute, la restriction de l'hypothèque, en ce sens, se produira rarement; il n'est pas impossible pourtant d'entrevoir telle position dans laquelle le débiteur trouverait quelque convenance à la restreindre ainsi : si cette convenance existe, et si d'ailleurs le créancier veut bien consentir à la satisfaire, nous ne voyons pas vraiment qui aurait qualité pour s'y opposer, ni quel est le texte sur l'autorité duquel l'opposition serait justifiée.

382. Mais, il faut le remarquer, c'est le *droit* lui-même que notre article a en vue, et nullement les fruits qui en constituent l'émolument. On a soutenu, cependant, devant la Cour de Turin, que lorsqu'un usufruit se trouve frappé d'hypothèque au profit d'un créancier, il en résulte que les fermages, qui ne sont autre chose que le droit d'usufruit réalisé, doivent appartenir à ce créancier, et que le prix des fruits saisis doit être distribué par ordre d'hypothèque; et, ce qui est plus étrange, le système a été consacré par la Cour devant laquelle il a été porté (3). Est-ce la peine de dire que cette solution est universellement critiquée (4)? Les fermages ne sont pas plus la réalisation de l'usufruit que

(1) *Voy.* MM. Zachariæ (t. II, p. 07, note 2), Dalloz (v° Hyp., ch. 2, sect. 1, n° 11), Martou (n° 735).

(2) *Voy.*, en ce sens, MM. Troplong (n° 400, note 2), et Battur (n°s 245 et 246).

(3) *Voy.* Turin, 24 avril 1810.

(4) *Voy.* MM. Persil (art. 2118, n°s 13 et 14), Taulier (t. VII, p. 233), Troplong (n° 400).

les fruits ne sont la représentation de l'immeuble : les créanciers chirographaires, qui ont succombé devant la Cour de Turin, disaient cela avec toute raison contre la prétention du créancier hypothécaire, leur adversaire. L'on ne s'explique pas que la Cour se soit méprise au point de ne pas distinguer entre l'usufruit lui-même et les fruits qui sont perçus journellement. Ces fruits, nous avons dit ce qu'ils sont, quand ils sont vendus séparément de l'immeuble (voy. *suprà*, n° 362); et supposer, ainsi que le fait la Cour de Turin, que, dans ce cas et même quand ils ont été frappés de saisie, le prix en peut être distribué entre les créanciers autrement que par contribution, comme représentant des choses mobilières que leur nature même soustrait à l'hypothèque, c'est équivoquer sur le mot *usufruit* employé dans notre article, et prêter à ce mot une signification qu'il ne comporte pas assurément.

C'est en raison de cette équivoque, sans doute, et pour y couper court, qu'on avait dit dans les premiers projets de réforme préparés en 1849 : « Sont seuls susceptibles d'hypothèque, 1°...; 2° le *droit* d'usufruit sur les mêmes biens, etc. (1). » Néanmoins le mot *droit* ne se retrouve pas dans les projets ultérieurs, dans ceux du moins qui avaient été rédigés par la commission de l'Assemblée législative. Mais, à vrai dire, il y avait peu de danger à maintenir le texte tel que nous le trouvons au Code dans la disposition relative à l'usufruit : l'arrêt de la Cour de Turin, qui était sans précédents dans la doctrine et dans la jurisprudence, y est encore sans adhérents.

383. Enfin, l'usufruit n'est susceptible d'hypothèque, dans les termes de notre article, que *pendant sa durée*. Cela s'explique à merveille : il est clair que lorsque le droit même vient à disparaître en s'éteignant d'une manière complète, l'hypothèque dont ce droit était grevé ne saurait plus subsister.

Mais l'usufruit s'éteint, d'après l'art. 617 du Code Napoléon, par la mort de l'usufruitier, par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé, par la consolidation ou la réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire, par le non-usage du droit pendant trente ans, et par la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi. Est-ce à dire que toutes ces causes, qui opèrent l'extinction de l'usufruit, opèrent par cela même l'extinction de l'hypothèque dont l'usufruit serait grevé? M. Martou seul, croyons-nous, entre les auteurs, se prononce pour l'affirmative, et n'excepte même pas le cas où l'usufruit s'éteint par la consolidation. Il n'a pas admis que celui qui a la pleine propriété d'un immeuble en puisse hypothéquer l'usufruit distinctement; et, conséquent avec lui-même, il enseigne que, même dans le cas où le débiteur acquiert la nue propriété de l'immeuble dont l'usufruit était grevé entre ses mains, l'extinction de l'usufruit qui s'opère alors par la consolidation entraîne l'extinction de l'hypothèque. M. Martou estime que la rigueur des principes le veut ainsi, et qu'après tout faire prévaloir les principes ici, ce n'est pas nuire à l'intérêt du créan-

(1) *Voy.* le rapport de M. Persil, p. 87.

cier, puisque dans cette situation, où les garanties offertes par le débiteur et son crédit s'accroissent, le créancier est assuré de trouver un secours utile dans l'art. 2131, qui lui permet de poursuivre, dès à présent, son payement, ou d'obtenir un supplément d'hypothèque, *lorsque son gage a péri* ou est devenu insuffisant (1).

Pour nous, qui n'avons rien vu de contraire aux principes où à la raison dans la situation d'un propriétaire qui, ayant la pleine propriété d'un immeuble, en hypothèque l'usufruit seulement (voy. *suprà*, n°s 332 et 381), nous arrivons, sur le point particulier qui nous occupe, à une conséquence absolument contraire à celle que déduit M. Martou : nous pensons, avec la généralité des auteurs (2), que si l'hypothèque doit s'éteindre dans tous les cas où s'éteint le droit de jouissance exercé par l'usufruitier, par exemple quand l'usufruitier vient à mourir, quand l'immeuble grevé a péri en totalité, quand le temps pour lequel l'usufruit avait été accordé est expiré, elle doit subsister, au contraire, lorsque, comme dans le cas prévu de consolidation, l'usufruit, quoique éteint comme droit distinct exercé par un autre que le propriétaire, se survit en quelque sorte et subsiste dans le droit de jouissance, dans un droit qui ne change même pas de mains, que le débiteur lui-même continue d'exercer, qu'il exerce seulement en qualité de propriétaire, au lieu de l'exercer comme usufruitier. Que l'usufruit soit éteint alors dans les rapports du propriétaire et de l'usufruitier, nous le voulons et il le faut bien, puisque désormais propriétaire et usufruitier ne font plus qu'une seule et même personne : c'est à cela incontestablement que doit être ramenée la disposition de la loi qui fait de la consolidation une cause extinctive de l'usufruit. Mais il en est autrement des droits qui ont pu être conférés à des tiers ; ce sont là des droits acquis auxquels l'usufruitier ne peut pas porter atteinte : et puisque, même après la consolidation, le droit de jouissance subsiste, toujours reconnaissable, entre ses mains, il est juste que le créancier auquel ce droit précisément avait été donné pour gage le conserve comme tel, même après la consolidation. Si le créancier ne peut pas, dans le cas particulier, invoquer le bénéfice de l'art. 2133, d'après lequel l'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué (*infrà*, n° 407), au moins faut-il reconnaître le droit qu'il a à demander qu'on lui laisse son gage tel qu'il l'avait reçu. C'est plus simple assurément que de le renvoyer à se pourvoir dans les termes de l'art. 2131, c'est-à-dire en payement immédiat de sa créance ou en supplément d'hypothèque : et c'est en même temps bien mieux dans l'esprit de la loi, car enfin ce dernier article a en vue le cas où les immeubles hypothéqués *ont péri ou subi des dégradations* telles qu'ils sont devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, en sorte qu'il ne serait pas sans quelque étrangeté d'y recourir dans une hypothèse où le crédit du débiteur s'est élevé au lieu de décroître.

(1) *Voy.* M. Martou (n° 734).
(2) *Voy.* MM. Grenier (t. I, n° 146), Proudhon (*De l'Usuf.*, n° 2071), Duranton (t. XIX, n° 262), Dalloz (*loc. cit.*, n° 21).

384. Après l'usufruit, l'ordre logique des idées nous conduit à nous expliquer sur les droits d'usage et d'habitation d'un bien immobilier : ces droits, en effet, comme l'explique M. Demolombe, sont un *diminutif* de l'usufruit, et ils sont virtuellement compris, dans l'art. 526 du Code Napoléon, sous la dénomination générale d'*usufruit*, comme dans l'art. 543 sous la dénomination générique de *jouissance* (1). Ce sont donc là des biens immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, de même que l'usufruit des immeubles, et, comme l'usufruit, ils constituent de véritables *droits réels*. Est-ce à dire, pourtant, qu'ils soient susceptibles d'hypothèque? Non; et il y en a deux raisons décisives : l'une, que les droits d'usage et d'habitation ne sont pas mentionnés dans notre art. 2118, qui, procédant, comme nous l'avons fait remarquer déjà, par une formule limitative (*sont seuls susceptibles d'hypothèques*), exclut tout ce qu'il ne mentionne pas; l'autre, que ces droits, qui sont mesurés sur les besoins de ceux qui les exercent, et varient dès lors comme ces besoins, ne peuvent pas, en outre, être cédés ni loués, d'après les dispositions formelles de la loi (Code Napoléon, art. 631 et 634) : en sorte que n'étant ni cessibles ni saisissables, ils ne se trouvent pas, par cela même, dans les conditions voulues pour que l'hypothèque puisse s'y attacher. (Voy. *suprà*, n° 355.) L'opinion contraire, émise par quelques auteurs, au moins en ce qui concerne les droits d'usage dans les forêts (2), est une erreur manifeste que la doctrine a généralement condamnée (3).

385. Que faut-il dire du droit résultant d'un bail en faveur du preneur? C'est un point sur lequel il n'est guère permis d'hésiter. Le droit du preneur n'a pas pour objet l'immeuble même que le propriétaire lui a donné à bail; son droit consiste en ceci, qu'il lui permet de contraindre le propriétaire ou son représentant à le faire jouir de la chose que le bail lui a conférée, c'est-à-dire à lui procurer l'exercice de la double faculté de percevoir les fruits de l'immeuble et d'acquérir ces fruits par la perception. Or, considéré dans son objet comme dans son résultat, ce droit appartient essentiellement à la classe des droits personnels et mobiliers. Ceci était constant dans l'ancienne jurisprudence (4). A la vérité, on s'autorisait, dans notre ancien droit, du principe posé dans la loi *Emptorem* (*De loc. et cond.*), d'après laquelle l'acheteur d'un héritage pouvait, s'il avait acquis sans la charge du bail, expulser le fermier auquel l'héritage avait été précédemment loué. Mais de ce que le Code Napoléon a déclaré, au contraire, dans

(1) *Voy.* M. Demolombe (t. IX, n° 335).
(2) *Voy.* MM. Grenier (t. I, n° 140), Battur (t. II, n° 232).
(3) *Voy.* MM. Duranton (t. XIX, n° 260), Zachariæ (t. II, p. 98, note 8), Taulier (t. VII, p. 233), Troplong (n° 403), Valette (n° 128), Martou (n° 739).
(4) Dumoulin (sur Paris, § 30, n°s 108 et suiv.), Coquille (sur Nivernais, quest. 202), Bouvot (t. I, part. 3, quest. 1, et t. II, quest. 65, p. 69), Brodeau sur Louet (lett. L, somm. 4, t. II, p. 23), Brillon (v° Bail, n°s 10, 42, 45), Bretonnier sur Henrys (t. IV, p. 27), Despeisses (t. I, p. 119), Ferrière (sur Paris, art. 171, gloss. 1, n° 52), Rousseau de Lacombe (v° Bail, sect. 1 et 2), Pothier (*Du Louage*, n°s 288 et suiv.; *De la Commun.*, n° 71).

l'art. 1743, « que si le bâilleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le bail, » s'ensuit-il que le droit ait été changé du tout au tout, et que, de personnel et mobilier qu'il était, il soit devenu réel et immobilier? Nous ne le pensons pas. M. le premier président Troplong est, sur ce point, d'un avis différent; selon lui, l'art. 1743 du Code Napoléon aurait opéré une révolution radicale en ce qui concerne le droit résultant du bail, et, de toutes les théories si savamment élaborées que l'illustre écrivain a produites, celle-ci assurément est l'une de celles qui brillent du plus vif éclat et ont le plus d'attrait (1). Néanmoins, nous persistons à penser que l'art. 1743 du Code Napoléon n'a pas toute cette portée; en y regardant de près, nous voyons dans cet article une mesure prise dans l'intérêt de l'agriculture, de l'industrie, du commerce, trop manifestement sacrifiés par le principe de la loi *Emptorem;* nous n'y voyons que cela. Le Code a voulu que le preneur, qui a eu le soin de mettre son bail à l'abri de toute contestation en lui donnant une date certaine, fût assuré d'exercer son droit dans toute son étendue et de se maintenir sur les lieux pendant toute la durée du bail, quelles que fussent les mutations de propriété qui pourraient s'opérer; il n'a pas admis qu'un locataire ou un fermier pût, après avoir dépensé son temps et son argent dans l'intérêt de son exploitation, être expulsé, quand ses sacrifices sont accomplis et peut-être au moment d'en recueillir le fruit, par un propriétaire nouveau qui viendrait succéder au bailleur. L'art. 1743 revient donc à dire que la clause imposant à l'acquéreur l'obligation d'entretenir le bail de l'immeuble est sous-entendue dans tout acte d'aliénation de cet immeuble. Et cela, évidemment, ne change rien aux conditions, à la nature du droit résultant du bail. Avec le principe de l'art. 1743, comme avec le principe contraire, le bailleur ou son représentant est *personnellement obligé* à faire jouir le preneur, qui, de son côté, reste avec son droit tendant toujours à lui faire avoir la double faculté de percevoir les fruits de l'immeuble, de les acquérir par la perception, et ne tendant qu'à cela. Or ce droit, nous le répétons avec Marcadé (*voy.* art. 526, n° 5; art. 578, n° 2; art. 595, n° 1, et art. 1743, n° 1) et avec les auteurs et la jurisprudence (2), n'a rien qui permette

---

(1) *Voy.* M. Troplong (*De la Vente*, n° 321; *Du Louage*, t. I, n°s 5 à 20, et t. II, n°s 473 et suiv.). — *Junge :* MM. de Freminville (*De la Min.*, t. I, n° 528), Bélime (*Dr. de prop.*, n° 309). — *Voy.* aussi Paris, 16 fév. 1808; Bruxelles, 3 avr. 1811; Dijon, 21 avr. 1827.

(2) *Voy.* MM. Proudhon (*De l'Usuf.*, n° 102), Delvincourt (t. III, p. 185, 188, 198, notes), Toullier (t. III, n° 388; t. VI, n° 435; t. XII, n° 105), Poncet (*Des Act.*, n° 124), Ducaurroy (*Thémis*, t. IV), Duranton (t. IV, n° 73; t. XVII, n° 139), Dalloz (*Du Louage*, n°s 5 et suiv.), Curasson (2e édit., p. 330), Bollot des Minières (*le Droit*, 20 mai 1836), Championnière et Rigaud (t. IV, n° 3032), Duvergier (*Du Louage*, n° 28 et n°s 270 et suiv.), Ferry (*Rev. étr. et fr.*, 1841, p. 609 et 840; 1842, p. 123), Taulier (t. VI, p. 210-214), Valette (p. 195, *in fine*). — *Voy.* aussi un arrêt remarquablement motivé de la Cour de Caen du 24 janvier 1848 (*J. P.*, 1850, t. I, p. 166). — *Junge :* Valenciennes, 23 déc. 1830, et Rej., 14 nov. 1832 (Dev., 33, 1, 32; 40, 2, 533).

de le considérer comme un droit réel ; il est purement personnel et mobilier : il n'est donc pas susceptible d'hypothèque.

386. Telle est la règle. Est-elle applicable même aux baux à longue durée, aux emphytéoses, à quelques autres baux? Sur ce point, s'il fallait se référer encore à l'ancienne jurisprudence, il n'y aurait pas non plus à hésiter. En effet, en même temps que le droit résultant d'un simple bail à ferme était tenu, dans l'ancien droit, pour personnel et mobilier, comme on vient de le voir, on y tenait aussi que le droit d'un emphytéote, d'un preneur par bail à longues années, était bien différent. Le droit de ceux-ci, disait-on, est un droit dans l'héritage, *jus in re*, lequel est un droit immobilier; et, vis-à-vis d'eux, le principe de la loi *Emptorem* n'est pas applicable, en ce que ceux qui ont un droit dans un héritage peuvent réclamer leur droit, en quelques mains que l'héritage passe, quoiqu'on n'en ait pas chargé les acquéreurs (1).

Mais cette doctrine ne saurait être suivie aujourd'hui.

387. D'abord, elle est inapplicable incontestablement aux baux à longue durée. Peut-être, s'il s'agissait de faire la loi, serait-il à propos de reconnaître que, l'usufruit étant susceptible d'hypothèque, il n'y a pas de raison pour que le bail à longue durée, par exemple le bail à une ou plusieurs vies, ou même le bail de trente ans et plus, n'en soit pas susceptible également. On a vu plus haut que le projet soumis à l'Assemblée législative, en 1850, était rédigé en ce sens. (Voy. *suprà*, n° 348.) Ne pourrait-on pas dire, avec le rapporteur de la commission, que, du moins sous le rapport de la durée, de tels baux doivent être considérés comme ayant une certaine analogie avec l'usufruit créé à titre onéreux, d'autant plus que l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans? (Code Napoléon, art. 619.) Et ne pourrait-on pas ajouter qu'ordinairement l'homme qui loue pour trente ans ne s'engage pour un espace aussi long que parce qu'il se propose de faire des améliorations importantes et qu'il veut avoir le temps d'en recueillir le fruit? que, dès lors, il convient de lui donner la facilité de se procurer du crédit pour effectuer ces améliorations, et, pour cela, de lui fournir le moyen le plus efficace, qui est de rendre le droit au bail susceptible d'hypothèque (2)? Mais ces considérations, bonnes peut-être pour déterminer le législateur à élargir le cercle dans lequel il a renfermé les biens susceptibles d'hypothèque, ne sont d'aucune valeur lorsqu'il s'agit d'interpréter et d'appliquer la loi telle qu'elle est faite. Or la loi ne considère comme susceptibles d'hypothèque que les *biens immobiliers*. Le droit résultant d'un bail à longues années peut-il être rangé dans la classe des biens de cette nature? Le droit nouveau a-t-il confirmé, sous ce rapport, les solutions de l'ancienne jurisprudence? Toute la question est là ; et cette question n'en est pas une. Car le Code Napoléon ne limite en aucune manière la durée des baux, de ceux au moins que consent un propriétaire jouissant de tous ses droits; il a parlé

(1) *Voy*. Pothier (*De la Comm.*, n° 71).
(2) *Voy*. le rapport de M. de Vatimesnil, p. 66.

des baux d'une manière générale, et rien absolument n'indique qu'il les ait considérés d'un point de vue différent, suivant que le propriétaire qui était libre de les consentir s'est renfermé dans les termes ordinaires ou a loué pour des termes plus longs. Il suit de là que la durée du bail ne change rien à la nature du droit résultant de la convention; et puisque ce droit est purement mobilier dans les baux ordinaires, il n'y a pas de motif pour qu'il ne soit pas mobilier également dans les baux à longues années. Ceux-ci différeront désormais des baux ordinaires par un effet de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, en ce sens que, lorsqu'ils se produiront dans les conditions déterminées par la loi et expliquées plus haut (voy. *suprà*, n° 367), ils seront assujettis à la formalité de la transcription; mais, au point de vue de l'hypothèque, ils sont absolument identiques, en ce sens que le droit qui en résulte n'est, pas plus que dans les baux ordinaires, susceptible d'être hypothéqué.

388. En ce qui concerne l'emphythéose, il y a beaucoup plus de difficulté. La jurisprudence, nous le savons, et la doctrine tendent de plus en plus à reconnaître que le Code Napoléon n'a ni changé ni modifié les règles concernant l'emphytéose. Ce contrat, suivant l'opinion dominante, serait considéré toujours comme ayant un caractère particulier; la loi nouvelle ne l'aurait pas laissé se confondre avec le contrat de louage. Le preneur y acquerrait le droit, pendant toute la durée de l'emphytéose, d'exercer l'action *in rem* contre ceux qui le troubleraient dans sa possession et contre le bailleur lui-même, et la faculté de disposer, par vente, échange ou donation, de tout ce qu'il possède à titre d'emphytéose. Or c'est là le droit réel, d'où suivrait que la tenure emphytéotique serait au nombre des biens susceptibles d'hypothèque (1). — Qu'elle y dût être classée par la loi, si la loi était à faire, nous le comprenons à merveille, et nous nous expliquons très-bien qu'à toutes les époques où il s'est agi d'introduire la réforme dans le régime hypothécaire, on ait proposé d'ajouter à l'énumération contenue dans notre article 2118 le droit du preneur à bail emphytéotique (2). Mais qu'on puisse considérer ce droit comme compris dans notre article tel qu'il existe aujourd'hui, c'est autre chose. Cet article place, parmi les

(1) *Voy.* MM. Merlin (*Quest.*, v° Emphyt., sect. 5, n° 8), Favard (v° Hyp., n° 2), Persil (art. 2118, n° 19), Duranton (t. IV, n° 80; t. XIX, n° 268), Troplong (n° 405, et *Du Louage*, n°s 31 et suiv.), Duvergier (*Du Louage*, t. I, n° 154), Battur (t. II, n° 240), Pépin le Halleur (*Hist. de l'Emphyt.*, p. 300 et suiv.), Marcadé (t. II, p. 352). — *Voy.* aussi Paris, 10 mai 1831; Douai, 15 déc. 1832, et Cour de cass., 19 juill. 1832, 1er avr. 1840, 24 juill. 1843, 18 mai 1847, 6 mars 1850, 17 nov. 1852, 26 avr. 1853 (Dev., 33, 2, 65 et 195; 47, 1, 623; 50, 1, 210; 52, 1, 747; 53, 1, 445).

(2) *Voy.*, dans l'enquête administrative ouverte en 1840, les observations des Cours de Paris, de Pau et de Rouen, et des Facultés de Caen et de Grenoble (*Docum. publ. en 1844*, t. III, p. 249, 250, 252, 254, 256). — *Voy.* aussi, sur les projets de réforme discutés en 1840 et années suivantes, les rapports de MM. Persil (p. 88), Bethmont (p. 35 et 36), de Vatimesnil (p. 66). — La loi belge dispose en ce sens, non pas seulement la loi du 16 décembre 1851, mais une loi de beaucoup antérieure, celle du 10 janvier 1824, dont l'art. 6 donnait à l'emphytéote la faculté d'hypothéquer son droit pendant la durée de sa jouissance. *Voy.* M. Martou (n° 737).

biens susceptibles d'hypothèque, la *propriété* des biens immobiliers et l'*usufruit* de ces mêmes biens. Il n'y place pas l'*emphytéose*. Or, nous l'avons dit déjà, la loi procède ici par voie de disposition limitative et exclusive : « Sont *seuls* susceptibles d'hypothèque, » nous dit-elle. Elle exclut donc virtuellement l'emphytéose, par cela seul qu'elle n'en parle pas. Et son silence est d'autant plus significatif dans le sens de l'exclusion, que les rédacteurs du Code étaient en présence de deux lois très-explicites sur le point qui nous occupe, les lois du 9 messidor an 3 et du 11 brumaire an 7, dont la première rangeait parmi les biens susceptibles d'être hypothéqués « l'usufruit des biens territoriaux, résultant seulement des *baux emphytéotiques* lorsqu'il reste encore vingt-cinq années de jouissance, » et dont la seconde y mettait « l'usufruit, ainsi que les *jouissances à titre d'emphytéose,* des mêmes biens pour le temps de leur durée. » Dans cet état des choses, le silence de l'art. 2118, nous le répétons, est on ne peut pas plus significatif. On a dit que l'article ne parle pas de l'emphytéose parce qu'il n'est parlé de cette espèce de bail nulle part ailleurs dans le Code. Nous le voulons bien. Mais outre que cela ne détruit pas notre observation, nous trouvons, à un autre point de vue, dans cette remarque, la condamnation de l'opinion dominante. Le silence de la loi sur un droit connu comme l'était l'emphytéose au moment où le Code Napoléon a été promulgué n'est-il pas un indice que, si l'emphytéose existe encore en fait, elle n'a pas été du moins reconnue comme un droit spécial et distinct, comme un droit de jouissance d'une nature différente de celle qui appartient au droit résultant des baux ordinaires ou à longue durée? Et s'il en est de l'emphytéose comme des autres baux, c'est donc à dire que la doctrine et la jurisprudence, en considérant l'emphytéose comme susceptible d'hypothèque, ont ajouté aux dispositions de la loi (1).

Bien entendu, nous ne parlons ici que du droit lui-même, de la jouissance à tire d'emphytéose. Quant aux constructions que le preneur peut avoir élevées, elles constituent des immeubles par leur nature, auxquels il faut appliquer la règle posée ci-dessus, au n° 359, *in fine*.

Du reste, le bail emphytéotique est soumis à la transcription par la force même des choses, puisque nécessairement il est d'une durée de plus de dix-huit ans. Mais, d'après les observations qui précèdent, on voit que dans notre pensée il n'est soumis à la formalité que par le motif qu'il est un bail dont la durée dépasse celle au delà de laquelle la transcription devient une nécessité, aux termes de la loi du 23 mars 1855. La conséquence est qu'à défaut de transcription, le bail emphytéotique, comme tous autres baux quelconques, soit à prix d'argent,

(1) Cette opinion, rejetée par la jurisprudence et par la majorité des auteurs, a néanmoins d'assez nombreux défenseurs. Il faut lire surtout les savantes observations de MM. Fœlix et Henrion (*Des Rent. fonc.*, p. 28), Aubry et Rau sur Zachariæ (t. I, p. 414 et 415), Valette (n° 128, prem. quest.), et Demolombe (t. IX, n° 491). — *Junge :* MM. Delvincourt (t. III, p. 185), Proudhon (*Usuf.*, n° 97), Toullier (t. III, n° 101), Grenier (t. I, n° 143), Championnière et Rigaud (*Cont.*, art. 2298), Devilleneuve (1840, part. 1, p. 433). — *Voy.* encore notre Supplément au *Traité des droits d'enregistr.* de Championnière et Rigaud (n° 841).



soit à colonage partiaire, ne serait opposable aux tiers que pour dix-huit années et dans les termes ci-dessus expliqués. (Voy. *suprà*, n° 369.) Il faudrait aller au delà si l'on acceptait les données de la jurisprudence que nous venons de rappeler : or, puisque avec cette jurisprudence on admettrait que l'emphytéose est quelque chose de plus qu'un bail, et qu'elle est, comme l'a décidé la Cour de cassation, un droit immobilier susceptible d'hypothèque, la conséquence nécessaire de cette opinion serait que l'emphytéose rentre dans le n° 1 de l'art. 1er de la loi du 23 mars 1855, qui déclare sujet à transcription « tout acte entre-vifs translatif de propriété immobilière, *ou de droits réels susceptibles d'hypothèque;* » en sorte que la transcription se trouvant ainsi prescrite d'une manière absolue, l'emphytéose, à défaut de transcription, ne serait pas opposable aux tiers, même pour une durée de dix-huit ans (1).

390. Quant aux autres baux qui se rapprochent plus ou moins de l'emphytéose, et dont plusieurs sont encore en usage dans certaines contrées de la France, ils impliquent, dans l'état de la législation créé par les lois du 11 août 1789 et 18-29 décembre 1790, ou une transmission complète de la propriété, ou des baux. Nous n'insistons pas sur ces divers baux, dont Marcadé a déjà précisé le caractère. (*Voy.* t. II, n° 350.) Il en est quelques-uns, cependant, qui, étant plus en usage et se présentant dans des conditions particulières, doivent être rappelés ici.

391. En première ligne, nous plaçons le contrat de superficie : c'est une cession de la pleine propriété d'un édifice, d'une construction faite par le propriétaire du sol, qui se réserve le sol lui-même pour en reprendre la jouissance quand la construction aura disparu. C'est, à vrai dire, une vente plutôt qu'un bail, la transmission d'une chose qui est immeuble par sa nature, et qui, par cela même, est susceptible d'hypothèque dans les termes de notre article.

392. Il en est de même, dans une certaine mesure, du bail à *domaine congéable*. Le bailleur, dans une telle convention, a été considéré de tout temps comme propriétaire du fonds et comme l'ayant simplement donné à bail pour un temps limité dont la durée est déterminée par les usages des lieux. Mais le preneur, en même temps qu'il est locataire du sol, devient propriétaire, pour un temps déterminé, des superficies et des édifices existant sur le sol, comme aussi des constructions et des améliorations qu'il peut faire; seulement, quant à ces constructions nouvelles, le bailleur conserve toujours le droit de les réunir à son domaine en en remboursant la valeur à dire d'experts (2). Il y a donc là, quant aux constructions, une transmission de propriété, transmission résoluble sans doute, mais qui n'en place pas moins dans les mains du

(1) *Sic* MM. Troplong (*De la Transcr.*, n° 82), Rivière et Huguet (n° 142).

(2) *Voy.* le Nouveau Denisart. (Voy. *Bail à dom. cong.*, § 2, n° 1.) — *Voy.* aussi MM. Championnière et Rigaud (nos 3063 et suiv.), et les Observations de la Cour de Paris à l'occasion du projet de réforme préparé en 1840 (*Docum. de 1844*, t. III, p. 250). — *Junge :* Cass., 18 nov. 1846, 5 janv. 1848, 1er et 8 juill. 1851 (Dev., 46, 1, 197; 51, 1, 481 et 682).

preneur des choses appartenant à la catégorie des immeubles par leur nature, et sur lesquelles, par conséquent, des hypothèques peuvent être assises. (*Suprà*, n° 359.)

393. Les servitudes ou services fonciers sont aussi qualifiés, par la loi, immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. (Voy. *suprà*, n° 377.) Néanmoins les servitudes n'ont pas, en elles-mêmes, une valeur qui leur soit propre; aussi n'ont-elles pas été classées, par notre article, au nombre des biens susceptibles d'hypothèque. Cependant, comme elles ajoutent à la valeur du fonds dominant duquel elles sont inséparables, il est clair qu'elles se trouvent atteintes par toutes les hypothèques dont ce fonds dominant pourrait être grevé.

394. Enfin, pour compléter la première série des droits immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, nous avons à parler de l'hypothèque. C'est là aussi un droit réel, et un droit immobilier, nous l'avons établi plus haut (*suprà*, n°s 327 et 328). Est-ce à dire que l'hypothèque soit elle-même susceptible d'être hypothéquée? En droit romain, l'affirmative était admise, en ce sens que la chose même grevée d'hypothèque pouvait être hypothéquée par le créancier hypothécaire. Ainsi était entendue la maxime *Pignus pignori dari potest*. Perezius dit en effet : « Propter contrahentium utilitatem jamdudum placuit, inquit Gordianus imperator, etiam *id quod pignori obligatum est a creditore pignori obstringi posse* (1). » Dans notre ancien droit coutumier, il était permis également de donner hypothèque, sinon sur l'immeuble, au moins sur l'hypothèque elle-même. C'était le sous-ordre défini par Pothier « le rang dans lequel plusieurs créanciers d'un créancier opposant à la saisie doivent être payés sur la somme pour laquelle ce créancier, leur débiteur commun, a été colloqué utilement dans le jugement d'ordre; » ce qui avait lieu, ajoute Pothier, « quand même la créance hypothécaire pour laquelle le créancier, débiteur commun des opposants en sous-ordre, aurait été utilement colloqué dans l'ordre, serait une créance mobilière, qui, selon notre coutume, n'est pas de nature à se distribuer par ordre d'hypothèque : car ce n'est pas cette créance mobilière qu'ils arrêtent par leur opposition qu'ils forment en sous-ordre, *mais c'est le droit d'hypothèque* que leur débiteur avait dans les biens saisis réellement; *lequel droit d'hypothèque, étant un droit dans les héritages, est un droit immobilier, dont le prix doit, par conséquent, se distribuer entre eux par ordre d'hypothèque* (2). »

Il n'en est plus ainsi aujourd'hui. Le Code de procédure n'admet pas ce sous-ordre comportant un droit de préférence entre les créanciers qui sont dans l'ordre pour prendre le montant de la collocation de leur débiteur; et, au contraire, l'art. 778 dispose expressément que « tout créancier pourra prendre inscription pour conserver les droits de son débiteur; mais que le montant de la collocation du débiteur sera distribué, comme chose mobilière, entre tous les créanciers inscrits ou

(1) Perezius (*Expl. Cod.*, liv. 8, tit. 24, n° 1). — *Voy.* aussi MM. Valette (p. 206 et suiv.), Martou (n° 742).

(2) *Voy.* Pothier (*Intr. à la Cout. d'Orléans*, tit. 21, n°s 141 et 142).

opposants avant la clôture de l'ordre. » Ainsi notre loi hypothécaire a laissé de côté la maxime *Pignus pignori dari potest,* ou plutôt elle a rejeté cette maxime dont elle a pris le contre-pied, et l'hypothèque, quoiqu'elle soit un droit réel appartenant à la classe des biens immobiliers, n'est plus néanmoins susceptible d'être hypothéquée (1).

Toutefois, le même besoin des affaires et cette utilité des contractants qui, d'après Perezius, avait suggéré ce moyen (*propter contrahentium utilitatem*), se sont reproduits dans la pratique moderne; et comme nos praticiens n'ont plus eu la ressource du sous-ordre tel que les anciens l'avaient organisé, ils y ont suppléé par la cession d'hypothèque ou la subrogation dont nous avons parlé plus haut, au n° 334.

395. La deuxième espèce de droits immobilisés par l'art. 526 comprend non pas seulement, comme le dit cet article, *les actions qui tendent à revendiquer un immeuble,* mais tous droits qui, sans reposer actuellement sur l'immeuble, tendent à lui, et doivent procurer la propriété de l'immeuble ou un démembrement de cette propriété. (*Suprà,* n° 377.) Là se placent d'abord toutes les prétentions sujettes à contestation, telles que les actions en revendication, en nullité, en rescision, etc., et puis tous les droits non litigieux, mais conditionnels, tels que les actions en réméré, etc. Ces droits et actions appartiennent, sans aucun doute, à la catégorie des biens immobiliers, lorsqu'ils tendent soit à la propriété, soit à l'usufruit d'un immeuble. S'ensuit-il que le droit en lui-même soit susceptible d'être hypothéqué? Non, sans aucun doute; ainsi décide la jurisprudence (2) : c'est aussi l'avis des auteurs (3), et, sur ce point du moins, nous avions pensé qu'il n'y avait pas de dissentiment possible. La question, nous l'avouons, ne nous avait pas semblé pouvoir être résolue autrement que par la négative. Cependant quelques auteurs se sont prononcés en sens contraire : selon eux, la vérité de leur solution résulterait d'abord de la généralité des art. 2092 et 2093, qui font de tous les biens d'un débiteur le gage commun de ses créanciers, sous la réserve des causes de préférence, telles que priviléges et hypothèques; elle résulterait ensuite de notre art. 2118 lui-même, qui, en déclarant les *biens immobiliers* susceptibles d'hypothèque, n'admet d'au-

(1) *Voy.* MM. Persil (art. 2118, n° 10), Taulier (t. VII, p. 234), Zachariæ (t. II, p. 99), Duranton (n° 272), Troplong (n° 407), Valette (*loc. cit.*), Martou (n° 742).

(2) Jugé, en effet, que la vente ou cession de droits successifs indivis ne peut être l'objet d'une surenchère de la part des créanciers hypothécaires du vendeur, de tels droits ne constituant, entre les mains de l'héritier, qu'une action en partage non susceptible d'hypothèque (Grenoble, 24 janv. 1835); et qu'un droit de réméré n'est pas susceptible d'expropriation forcée de la part des créanciers du vendeur (Orléans, 27 janv. 1842; Dev., 42, 2, 304). — *Junge :* Cass., 14 mai 1806.

(3) *Voy.* MM. Tarrible (*Rép. de Merlin,* v° Hyp., sect. 2, § 3, art. 3, n° 5), Grenier (t. I, n°s 152, 153), Delvincourt (t. III, p. 407), Persil (*Quest.*, t. II, p. 279), Berriat Saint-Prix (*Code de proc.*, t. II, p. 633), Troplong (n° 406), Duvergier (*De la Vente,* t. II, n° 18), Carré et Chauveau (*Lois de la procéd.*, quest. 2198, § 3), Zachariæ (t. II, p. 99), Valette (*loc. cit.*, p, 204), Martou (n° 741). — On peut voir encore, et dans le même sens, les observations qui ont été présentées sur ce point par la Cour d'Angers et par les Facultés de Caen et de Rouen (*Docum. de 1841,* t. III, p. 240, 254, 257).

tres exceptions que celles que commande la nature des choses ou le but de l'hypothèque, et qui dès lors n'exclut à aucun titre les actions ou les droits dont s'agit, lesquels, étant immobilisés par l'art. 526, sont nécessairement compris dans les expressions générales de *biens immobiliers* (1).

Mais il faut écarter tout d'abord les art. 2092 et 2093, car ces articles ne vont nullement à la question. Ils nous disent, sans doute, que tous les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; mais en quoi cette idée peut-elle conduire à décider que les droits litigieux ou les droits conditionnels sont susceptibles d'être hypothéqués? Evidemment rien ne relie l'une de ces idées à l'autre.— Quant à notre art. 2118, si on le prend dans sa combinaison avec le titre de la distinction des biens et, en particulier, avec le chapitre où il est traité des *immeubles*, il offre lui-même un argument décisif contre l'opinion dissidente. En effet, notre article tient compte des trois catégories d'immeubles établies par le Code : les immeubles par leur nature, auxquels se réfèrent les art. 518 et suivants; les immeubles par leur destination, auxquels se rapporte l'art. 524; et les biens immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, lesquels sont énumérés dans l'art. 526. Mais en tenant compte de ces trois catégories d'immeubles, notre article ne les confond pas; il les sépare, au contraire, et très-visiblement, puisqu'il en parle dans deux paragraphes distincts. Or le premier de ces paragraphes, dans lequel se trouvent ces expressions *biens immobiliers* dont on argumente dans l'opinion que nous combattons, n'a trait en aucune manière aux droits immobilisés par l'art. 526 : c'est évident, puisque précisément il est question de ces droits dans le second paragraphe. Et que voit-on dans ce second paragraphe? Y retrouve-t-on en son entier l'énumération faite par l'art. 526, c'est-à-dire l'usufruit des choses immobilières, les servitudes ou services fonciers, les actions qui tendent à revendiquer un immeuble? Nullement : l'usufruit des choses immobilières y est seul mentionné comme susceptible d'hypothèque. Qu'est-ce à dire? Que les actions dont nous parlons ici sont exclues au même titre que les servitudes ou services fonciers, par voie de prétérition, virtuellement, et par la nature même de la disposition, qui, statuant en une forme limitative, exclut tout ce qu'elle ne nomme pas. Ainsi, il est évident par les textes, par le texte même dont se prévaut le système opposé, que les actions et les droits conditionnels ne sont pas susceptibles d'hypothèque. Et si l'on s'attache maintenant à la vérité des choses, on voit comment il n'est pas possible qu'il en soit autrement. Une action a beau être immobilière et même aliénable, « elle ne saurait être, comme l'a dit avec toute raison la Faculté de droit de Caen dans l'enquête de 1841, une base solide pour l'hypothèque. L'hypothèque conduit à l'expropriation; et comment trouver des adjudicataires qui offrent le juste prix d'un droit litigieux? L'action est cessible; elle peut s'éteindre par

(1) C'est l'opinion émise par M. Pigeau (*Proc. civ.*, 2e édit., p. 207). Elle a été soutenue ensuite par M. Duranton, dans ses tomes XVI, n° 409, et XXI, n° 7, où il abandonne l'opinion contraire, en faveur de laquelle il s'était prononcé au tome IV, n° 17.

une transaction; et comment le cessionnaire, comment le détenteur qui transigerait, purgeront-ils les hypothèques? Comment les créanciers exerceront-ils leur droit de surenchère? » Evidemment il y a là des impossibilités et des complications dont l'existence, indépendamment des textes, donne toute raison au système qui a prévalu en doctrine et en jurisprudence.

396. Mais si les droits litigieux ou conditionnels ne sont pas en eux-mêmes susceptibles d'hypothèque, s'ensuit-il que l'immeuble, à la propriété duquel ils tendent, ne peut pas non plus être hypothéqué? Par exemple, Pierre est indûment détenteur de la ferme de Joseph, dont je suis l'héritier, et j'ai une action en revendication de cette ferme; ou bien encore, j'avais telle maison que j'ai aliénée, mais je puis en redevenir propriétaire, parce que j'ai une action qui me permettra d'obtenir la nullité ou la rescision de l'aliénation que j'avais consentie; ou enfin, j'avais telle pièce de terre que j'ai vendue, mais je me suis réservé la faculté de rachat; est-ce que, dans cette situation, la ferme, la maison, la pièce de terre, sinon le droit ou l'action que j'ai pour en reprendre la propriété, ne sont pas susceptibles d'hypothèque? Ainsi posée d'une manière générale, la question n'en est pas une; car il s'agit ici d'immeubles par leur nature, c'est-à-dire d'immeubles qui, pourvu qu'ils soient dans le commerce (*suprà,* n° 340), peuvent toujours être hypothéqués. Mais la question est de savoir si l'hypothèque peut être conférée, soit par le détenteur actuel de la ferme, de la maison, de la pièce de terre, soit par moi, qui n'ai pas encore ces immeubles ou qui ne les ai plus, mais qui peux en être mis en possession, soit par l'un et par l'autre. Dans ces termes, la question se rattache aux art. 2124 et 2125; nous renvoyons au commentaire de ces articles, et nous passons aux immeubles de la quatrième et dernière catégorie.

VII. — 397. La quatrième catégorie d'immeubles, celle qui comprend les biens qualifiés immeubles *par la détermination de la loi,* ne procède pas du Code Napoléon, qui n'a établi que les trois catégories dont nous venons de nous occuper (art. 517); on peut dire même qu'elle fait exception aux principes du Code, en ce qu'elle embrasse exclusivement des valeurs que le Code range, au contraire, dans la classe des *meubles* par la détermination de la loi : mais elle procède de décrets spéciaux rendus après la promulgation du Code, et qui, n'ayant pas été attaqués comme inconstitutionnels, dans les dix jours de leur insertion au Bulletin, ont acquis désormais force de loi (1). Voyons donc en quoi consiste l'exception.

398. Rappelons d'abord la règle : elle consiste en ceci, que toute espèce de droit ayant pour objet une somme d'argent ou des biens corporels meubles par leur nature, est lui-même meuble par la détermination de la loi. L'art. 529 du Code Napoléon s'en explique en ces termes : « Sont meubles par la détermination de la loi les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers; les

(1) *Voy.* MM. Duranton (t. IV, n° 102), Demolombe (t. IX, n° 382).

actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société. — Sont aussi meubles par la détermination de la loi les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'Etat, soit sur des particuliers. »

399. Sur la première des valeurs que la loi ici déclare meubles, nous n'avons pas d'exception à signaler. Les obligations ou actions, ayant pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, restent toujours dans la classe des meubles par la détermination de la loi : il n'y a pas de texte qui ait dérogé, en ce point, à la disposition de l'art. 529 du Code Napoléon. Ainsi, les actions ou obligations de l'espèce, c'est-à-dire les créances, ne sont pas susceptibles d'hypothèque.

400. Quant aux rentes, qui, de même que les créances, sont déclarées meubles d'une manière absolue, quelle qu'en soit la nature, et soit qu'elles existent sur des particuliers, soit qu'elles existent sur l'Etat, une exception toute particulière résulte du décret du 1er mars 1808, d'après lequel les *rentes sur l'Etat* ont pu être immobilisées pour la formation d'un majorat. Mais il y a ici un point essentiel à remarquer.

Toute institution de majorats est désormais interdite par les lois du 12 mai 1835 et du 11 mai 1849. Toutefois ces lois ont laissé subsister dans une certaine mesure, et avec certaines restrictions, des majorats fondés avant leur promulgation; en sorte que, nonobstant l'interdiction pour l'avenir, il y a cependant un cas où il peut y avoir des rentes sur l'Etat, qui, ayant été immobilisées pour cet objet, sont encore aujourd'hui immeubles, par exception à l'art. 529 du Code Napoléon, qui déclare de telles rentes meubles par la détermination de la loi. Est-ce à dire que, même dans ce cas, ces rentes soient susceptibles d'hypothèque? Non (1); car les biens composant un majorat ne pouvant pas être aliénés, ne peuvent pas, par cela même, être hypothéqués (2).

401. Enfin, l'art. 529 mentionne les actions ou intérêts dans les compagnies et les déclare meubles par la détermination de la loi, alors même que des immeubles dépendants de ces entreprises appartiennent aux compagnies. En thèse générale donc, de telles actions, de tels intérêts, ne sont pas susceptibles d'hypothèque. C'est par erreur assurément qu'un arrêt déjà très-ancien a cru pouvoir considérer comme immeubles, surtout lorsqu'il s'agit du droit des créanciers, les actions d'une société copropriétaire d'immeubles d'une grande importance (3). Nous admettons bien qu'il en soit ainsi, et que la part indivise d'un associé puise être hypothéquée, quand la société est dissoute par la consommation de l'affaire, sans qu'on puisse opposer alors l'indivision ni prétendre que la part indivise ne constitue qu'une action sociale essentiellement mobilière (4). Nous admettons même que l'af-

(1) *Voy.* cependant M. Demolombe (t. IX, n° 384).
(2) *Voy.* M. Valette (p. 189, à la note).
(3) Paris, 17 fév. 1809.
(4) *Voy.* Rej., 8 fév. 1847 (Dev., 48, 1, 43).

fectation hypothécaire peut être consentie tant que la société n'est pas constituée, avant qu'aucune action ait été émise, et quand la société n'est encore, pour ainsi dire, qu'à l'état de pollicitation (1). Mais quand elle est fondée, quand elle existe et fonctionne, les actions ou parts d'intérêts sont purement mobilières, quelque importants que puissent être les immeubles appartenant à la compagnie, et quand même l'objet de la société serait l'exploitation de ces immeubles, parce que c'est l'association qui est copropriétaire, qu'aucun des membres de la société n'a divisément la propriété des immeubles, et que la part d'intérêt de chacun ou ses actions tendent principalement à un produit mobilier, d'où ils tirent ce caractère de meubles qui les rend insusceptibles d'hypothèque (2).

Telle est la règle; mais ici se placent les exceptions qui ont été faites par les décrets spéciaux, et qui complètent la série des biens qu'on a qualifiés immeubles par la détermination de la loi. Ces exceptions sont au nombre de deux.

La première est relative aux actions de la Banque de France, et résulte du décret du 16 janvier 1808, dont l'art. 7 est ainsi conçu : « Les actionnaires qui voudront donner à leurs actions la qualité d'immeubles en auront la faculté; et, dans ce cas, ils en feront la déclaration dans la forme prescrite pour les transferts. Cette déclaration une fois inscrite sur le registre, les actions immobilisées resteront soumises au Code civil et aux lois de privilége et d'hypothèque, comme les propriétés foncières : elles ne pourront être aliénées, et les priviléges et hypothèques être purgés qu'en se conformant au Code civil et aux lois relatives aux priviléges et hypothèques sur les propriétés foncières. »

La seconde exception est relative aux actions ou coupons d'actions dans les canaux d'Orléans et de Loing, et résulte du décret du 16 mars 1810, dont l'art. 13 dispose « que les actions de la compagnie des canaux d'Orléans et de Loing, pour leur immobilisation, leur inaliénabilité, leur disposition et jouissance, sont assimilées en tout aux actions de la Banque de France. »

Ainsi, d'après la disposition formelle de ces textes, il faut ajouter à l'énumération contenue dans notre art. 2118 les actions immobilisées de la Banque de France et les actions immobilisées de la compagnie des canaux d'Orléans et de Loing, lesquelles actions sont susceptibles d'hypothèque tant que dure l'immobilisation.

402. Par cela même, et puisque ces actions sont soumises aux règles qui régissent la propriété foncière, elles sont soumises, tant qu'elles sont immobilisées, aux dispositions de la loi récente sur la transcription. L'aliénation qui en serait faite ne sera donc opposable aux tiers qu'autant que l'acte de transfert serait transcrit sur les registres du conservateur des hypothèques (3).

403. Mais tous ces effets cessent quand, l'immobilisation venant à

(1) Douai, 27 nov. 1839 (Dev., 40, 2, 206).
(2) Rej., 14 avr. 1824; Toulouse, 31 juill. 1820.
(3) *Voy.* M. Troplong (*De la Transcr.*, nº 90), Rivière et Huguet (nº 135).

cesser elle-même, ces actions reprennent leur qualité première d'effets mobiliers. Seulement, comment l'immobilisation peut-elle cesser? Dans le silence des décrets précités, on avait soutenu que l'aliénation suffisait à produire cet effet, et que, l'action étant transmise, l'immobilisation ne pouvait subsister qu'autant que le nouveau propriétaire remplissait lui-même les conditions requises par les décrets. Toutefois, la prétention a été justement rejetée (1). L'immobilisation survit à l'aliénation, et ne peut cesser que par la manifestation de la volonté des parties au moment de la vente. — D'ailleurs, cette manifestation ne suffit pas à elle seule, quant aux actions de la Banque de France : une forme spéciale a été déterminée par la loi du 17 mai 1834, dont l'art. 5 est ainsi conçu : « Les propriétaires d'actions immobilisées de la Banque de France qui voudront rendre à ces actions leur qualité première d'effets mobiliers seront tenus d'en faire la déclaration à la Banque. Cette déclaration, qui devra contenir l'établissement de la propriété des actions en la personne du réclamant, sera transcrite au bureau des hypothèques de Paris, et soumise, s'il y a lieu, aux formalités de purge légale, auxquelles les contrats de ventes immobilières sont assujettis. — Le transfert de ces actions ne pourra être opéré qu'après avoir justifié à la Banque de l'accomplissement des formalités voulues par la loi pour purger les hypothèques de toute nature, et d'un certificat de non-inscription. »

2133. — L'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué.

SOMMAIRE.

I. Pourquoi nous rangeons, parmi les dispositions générales du présent chapitre, cet article que les rédacteurs du Code ont placé dans la section relative à l'hypothèque conventionnelle.

II. La règle d'extension consacrée par cet article s'applique aux améliorations naturelles et accidentelles : alluvions, atterrissements, ouvertures de chemins ou de rues, extinction de servitudes, etc. — *Quid* en ce qui concerne l'extinction de l'usufruit par consolidation?

III. La règle s'applique également aux améliorations qui sont le fait de l'homme, soit qu'elles proviennent du propriétaire de l'immeuble hypothéqué, soit qu'elles proviennent d'un tiers détenteur : plantations, constructions, etc.

IV. Mais la règle ne s'applique pas aux acquisitions nouvelles. — Exemples et applications.

I. — 404. Parmi les biens immobiliers que l'art. 2118 a déclarés susceptibles d'hypothèques, il en est qui peuvent s'améliorer et augmenter de valeur par des circonstances fortuites ou par le fait de l'homme. Par exemple, une pièce de terre peut s'accroître d'atterrissements qui se forment sur les bords d'un cours d'eau auprès duquel elle est située; une propriété, située dans une rue écartée ou dans une localité d'un accès difficile, peut acquérir une valeur considérable par

(1) Req., 12 mai 1833 (Dev., 33, 1, 517). — *Sic* M. Demolombe (t. XIX, n° 387).

suite de l'ouverture de voies nouvelles de communication; un bâtiment à l'état de dégradation complète peut acquérir une grande importance par l'effet de réparations qui en font en quelque sorte une construction nouvelle. Ces améliorations, ou toutes autres qui pourraient survenir dans d'autres cas plus ou moins analogues, profitent-elles aux hypothèques qui existaient préalablement sur l'immeuble amélioré? Elles leur profitent; c'est précisément la décision de notre article.

En ceci, comme en beaucoup d'autres points du titre des *Priviléges et Hypothèques,* le Code reproduit la loi du 11 brumaire an 7, qui elle-même, d'ailleurs, était en cette partie la reproduction de principes consacrés par les lois romaines. (*Voy.*, notamment, l. 16 et 18, § 1, ff. *De pign. et hyp.*) Toutefois, c'est à la loi du 11 brumaire an 7 que les rédacteurs du Code semblent s'être inspirés, et c'est par cette loi, sans aucun doute, qu'ils ont été conduits à poser la règle d'extension dont il s'agit ici dans la section relative *à l'hypothèque conventionnelle,* à l'occasion de laquelle, en effet, et seulement à l'occasion de laquelle, cette règle était rappelée dans la loi de brumaire.

Mais ce qui, à cet égard, s'explique jusqu'à un certain point dans cette loi est beaucoup moins explicable dans le Code Napoléon. Il faut remarquer, en effet, que c'est en un seul contexte que les rédacteurs de la loi de brumaire, en même temps qu'ils posaient le principe de la spécialité, ajoutaient que l'hypothèque stipulée volontairement « *ne peut comprendre que des biens appartenant au débiteur lors de la stipulation, mais qu'elle s'étend à toutes les améliorations qui y surviendront;* » en sorte que, par cette combinaison de phrases et d'idées, ils semblent avoir eu particulièrement en vue d'indiquer que si, en principe, le débiteur ne peut conférer hypothèque que sur des immeubles à lui appartenant au moment de la stipulation, il ne faut pas pourtant exagérer le principe et entendre que le débiteur, dont la propriété se serait ultérieurement améliorée, pourra disputer le bénéfice de l'amélioration aux créanciers hypothécaires sous prétexte *qu'elle ne lui appartenait pas* au moment de la stipulation de l'hypothèque.

Quoi qu'il en soit, le Code Napoléon ne procède pas comme la loi de brumaire : il sépare ce que cette loi avait réuni. Il pose d'abord ce même principe, qu'il faut être actuellement propriétaire d'immeubles pour conférer hypothèque; c'est l'un des points consacrés par l'art. 2129. Et c'est après avoir fait deux exceptions à ce principe par des articles intermédiaires que, revenant à la loi de brumaire, il dit, dans notre art. 2133, par une disposition spéciale, distincte et détachée de celles qui précèdent, que « l'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué. » Evidemment, en cet état de choses, et dans cette économie de la loi, il est impossible de donner à notre article la signification toute relative et toute restreinte que pouvait avoir, dans la loi de brumaire an 7, le membre de phrase dont cet article est la reproduction. Il faut dire nécessairement qu'en détachant l'idée pour en faire l'objet d'une disposition distincte, les rédacteurs du Code ont entendu consacrer nettement et mettre en lumière

la règle d'extension dont l'origine est dans les lois romaines, cette règle qui, prenant les accroissements de la chose comme participant avec la chose de la même existence, les rangeait, par cela même, et à ce titre, sous la charge hypothécaire grevant la chose avec laquelle ils s'étaient identifiés. Or cette règle d'extension n'est pas propre à telle ou telle cause d'hypothèque; elle est générale, et les embrasse toutes; elle s'applique aux hypothèques judiciaire et légale non moins qu'à l'hypothèque conventionnelle (1); c'est donc sans motif qu'elle a été reléguée dans la section relative à cette dernière hypothèque. Elle se lie à l'art. 2118, suivant lequel l'hypothèque établie sur les biens immobiliers *s'étend à leurs accessoires réputés immeubles,* car elle procède de la même pensée (2). C'est pourquoi, restituant à notre article la place qu'il devrait occuper dans le Code, nous le détachons de la section 3, où il figure à tort, pour le reporter dans les dispositions générales du chapitre des hypothèques, immédiatement après l'art. 2118, dont il est la suite et le complément.

Ceci dit, nous avons à suivre les applications de la règle.

II. — 405. La règle s'applique d'abord à toutes améliorations, naturelles ou accidentelles, qui viennent augmenter la valeur vénale de l'immeuble hypothéqué, soit qu'elles ajoutent à la consistance de cet immeuble, soit qu'elles le placent dans de meilleures conditions, soit qu'elles l'affranchissent de charges qui le dépréciaient plus ou moins. Telle est cette première application dans sa formule générale; mais sur plusieurs points, elle a soulevé quelques difficultés. Reprenons l'application dans ses détails.

406. Nous disons d'abord que la règle d'extension s'applique aux améliorations procédant d'accroissements survenus à la propriété. Et ici nous avons en vue particulièrement les cas d'accession prévus et réglés par les art. 556 à 563 du Code Napoléon. C'est aussi à ce cas d'accession principalement que se rattachent les observations présentées dans la discussion dont notre article a été l'objet, celles du moins qui nous ont été transmises par les procès-verbaux publiés. Il est bon de les reproduire, parce qu'elles portent en elles-mêmes la réponse aux inductions inexactes qu'on a parfois, et sur quelques points, tenté d'en tirer. Voici donc, en ce point, ce qu'on sait de la discussion :

« M. Galli demande une explication. Si, dit-il, l'héritage grevé d'hypothèque se trouve considérablement agrandi, soit par alluvion, soit parce que le fleuve qui l'avoisine a changé de lit, l'hypothèque s'étend-elle sur l'accroissement? Cette question s'est élevée quelquefois dans le ci-devant Piémont et ailleurs. — M. Treilhard dit que les accroissements produits par l'effet de l'alluvion sont insensibles et de-

---

(1) *Voy.* MM. Duranton (t. XIX, n° 389), Martou (n° 726).

(2) Les rédacteurs de la loi belge du 16 décembre 1851 ont même fondu les deux dispositions en une seule, qui fait partie de l'article correspondant à notre art. 2118 : c'est le quatrième paragraphe de l'art. 45 de cette loi, où il est dit : « L'hypothèque acquise s'étend aux accessoires réputés immeubles *et aux améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué.* » *Voy.* M. Delebecque (*Comm. législ.*, p. 190).



viennent ainsi des parties du même fonds. Il n'y a donc point de doute qu'ils ne supportent l'hypothèque. Mais il n'en serait pas de même si l'augmentation produite par un événement extraordinaire ajoutait à la fois à l'héritage une étendue assez considérable de terre pour qu'on dût la considérer comme un fonds nouveau et distinct du premier. — M. Tronchet dit *que diverses dispositions du Code civil déterminent ce qu'il faut considérer comme des accessoires de la chose principale; que ces accessoires, s'identifiant avec la chose, deviennent ainsi passibles de toutes les charges dont elle est grevée.* — L'article est adopté (1). »

Ainsi, la raison de décider n'est pas dans la distinction indiquée par M. Treilhard, ou, tout au moins, elle n'est dans l'observation de M. Treilhard que sur les points où cette observation concorderait avec les principes sur le droit d'accession, tels qu'ils sont consacrés par les dispositions du Code Napoléon. Avant tout, c'est par ces dispositions qu'il faut résoudre les questions qui surgissent de notre article. C'est la remarque de M. Tronchet; et c'est sur cette remarque précisément que notre article a été adopté. Voyons maintenant, à la lumière de cette donnée, la mesure dans laquelle notre règle d'extension doit être appliquée aux améliorations procédant des accroissements survenus à l'immeuble hypothéqué.

D'abord, et sans difficulté aucune, elle s'applique aux accrues qui se font par alluvion, à cette accrue qui, selon l'expression de Lebrun, se fait de la même manière que l'accroissement et le progrès d'une plante, de telle sorte qu'on ne peut ni distinguer le moment où il se fait, ni le séparer de l'héritage auquel il se fait (2). Ainsi, l'hypothèque assise sur l'immeuble profitera de l'augmentation produite par cette sorte d'atterrissement ou d'accroissement, quelque considérable qu'il puisse devenir à la longue; et l'on ne distinguera même pas entre le cas où la propriété borde un fleuve ou une rivière navigable ou flottable et celui où elle borde une rivière non navigable ni flottable, puisque l'art. 556 attribue le profit de l'alluvion au propriétaire riverain dans les deux cas indistinctement, sauf, dans le second, la charge du marchepied ou chemin de hallage, conformément aux règlements.

De même, et encore sans difficulté, la règle s'appliquera aux relais formés par l'eau courante qui se retire insensiblement de l'une de ses rives en se portant sur l'autre. Le propriétaire de la rive découverte, dit l'art. 557, profite de l'alluvion, sans que le riverain du côté opposé puisse y venir réclamer le terrain qu'il a perdu. Donc, l'accroissement profitera aux créanciers hypothécaires inscrits sur la propriété de la rive découverte.

Mais supposons que, soit un fleuve, soit une rivière, navigable ou non, ait enlevé, par une force subite, une partie considérable et reconnaissable d'un champ riverain, et l'ait portée vers un champ inférieur ou sur la rive opposée, l'accroissement survenu, dans ce cas, au champ

---

(1) *Voy.* M. Locré (*Législ. civ.*, t. XVI, p. 255), Fenet (*Trav. prép.*, t. XV, p. 361, 362).

(2) *Voy.* Lebrun (*De la Commun.*, liv. 1, sect. 2, dist. 3, n° 5).

auquel la partie enlevée a accédé, profitera-t-il également aux créanciers ayant hypothèque sur le champ ainsi accru? C'est le cas d'accession prévu par l'art. 559, et la question présente plus de difficulté. Il faut admettre, d'abord, que l'accession est complète, c'est-à-dire que le propriétaire du champ auquel la partie enlevée a été unie a pris possession de cette partie, sans que le propriétaire auquel elle a été enlevée ait réclamé dans les termes indiqués par cet article. Ceci posé, on pourrait dire que l'accession ici s'est opérée, non plus par une succession de temps, ni par la vertu de la propriété qui s'incorpore et s'assimile les portions ajoutées par l'alluvion, mais par un effet subit et spontané, qui ajoute tout à coup et tout d'une pièce une portion distincte d'un fonds à un autre fonds; on peut dire que c'est là une acquisition nouvelle, et que, n'étant pas de la substance même du fonds qui s'en augmente, l'hypothèque dont ce fonds était grevé n'en doit pas profiter (1). Nous ne croyons pas, cependant, que cette opinion doive être consacrée. C'est précisément, on l'a vu plus haut, la réserve que proposait M. Treilhard dans l'interprétation qu'il faisait de notre article; mais, on l'a vu aussi, elle a été écartée par cette idée, que l'interprétation doit être réglée par les principes du Code Napoléon sur l'accession. Or le cas proposé est un des cas d'accession prévus par le Code Napoléon; le droit qu'il attribue, dans ce cas, au propriétaire du fonds auquel la partie enlevée a été unie, procède incontestablement de l'idée que, même dans ce cas, il y a incorporation définitive par la possession annale; la loi suppose nécessairement que lorsque cette incorporation a eu lieu et se trouve consommée par le silence du propriétaire dépossédé et par la prise de possession du propriétaire investi, il y a une réunion dont il ne reste aucune trace, et qui désormais ne permet ni de distinguer la portion réunie de la propriété première, ni d'en opérer la séparation : c'est assurément sur ce fondement que le propriétaire dépossédé est déclaré déchu du droit de réclamer sa propriété; et c'est aussi pour cela qu'à notre avis l'hypothèque des créanciers du propriétaire investi devra s'étendre à la portion dont s'est accrue dans ce cas la propriété de leur débiteur (2).

Nous en disons autant des îles, îlots et atterrissements qui se forment dans le lit des fleuves ou des rivières, sauf toutefois, quant au droit de propriété, les distinctions établies par la loi. On sait, en effet, que les îles, îlots et atterrissements qui se forment dans le lit des rivières navigables ou flottables appartiennent à l'Etat, *s'il n'y a titre ou prescription contraire,* tandis que ceux qui se forment dans les rivières non navigables et non flottables appartiennent aux propriétaires riverains du côté où ils se sont formés, et, s'ils ne se sont pas formés d'un seul côté, aux propriétaires riverains des deux, à partir de la ligne qu'on suppose tracée au milieu de la rivière. (Code Napoléon, art. 560, 561.) Ce n'est évidemment que parce que les propriétaires riverains ont la

(1) *Sic* M. Mourlon (*Rép. écrit*, t. III, p. 478). — *Voy.* aussi MM. Battur (*De la Commun.*, t. I, n° 220), et Dalloz (*Rép.*, t. X, p. 189, n° 48).
(2) *Voy.* MM. Grenier (t. I, n° 148), Duranton (t. XIX, n° 257).

propriété des fonds qui bordent le fleuve ou la rivière, et en considération de ces fonds dont ils sont propriétaires, qu'ils peuvent acquérir, dans la mesure indiquée par la loi, les îles et îlots formés dans la rivière; c'est donc encore là l'accessoire des propriétés riveraines; ce n'est pas, à proprement parler, un fonds nouveau et distinct : donc les hypothèques assises sur ces propriétés riveraines, qui sont le principal, s'étendront aux îles ou îlots, qui ne sont que les accessoires (1).

De même enfin, dans le cas prévu par l'art. 563, si un fleuve ou une rivière navigable, flottable ou non, se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, l'hypothèque qui avait été établie sur les fonds nouvellement occupés se portera sur la portion du lit abandonné que cet article attribue, à titre d'indemnité, aux propriétaires dont la propriété est maintenant envahie. Ici, à la vérité, on peut dire que ce n'est pas précisément d'accession qu'il s'agit; mais, en définitive, le terrain abandonné est mis dans les mains du propriétaire à titre d'indemnité; c'est ce qu'exprime la loi elle-même. Or, les créanciers hypothécaires sont atteints dans ce qui est leur gage, par l'envahissement qui prive leur débiteur de son fonds. Et n'est-il pas juste alors que cette indemnité, qui fait revivre la chose dans une chose *de même nature* (car il en pourrait être autrement si l'indemnité consistait en une somme d'argent; voy. *infrà,* art. 2131 et 2180), profite aux créanciers hypothécaires comme elle profite à leur débiteur (2)?

407. Nous disons en second lieu que notre règle d'extension s'applique aux avantages résultant de l'extinction de charges dont l'existence dépréciait plus ou moins la propriété hypothéquée.

Par exemple, l'immeuble sur lequel une hypothèque a été conférée était grevé d'une servitude qui vient à s'éteindre par la prescription : il valait 25,000 fr. avant l'extinction de la servitude; maintenant que la charge est éteinte, l'immeuble serait aisément vendu pour 35,000 fr. Le créancier hypothécaire profite de cette augmentation de valeur : cela ne présente pas la moindre difficulté.

Mais supposons qu'il s'agisse d'un autre démembrement du droit de propriété, spécialement de l'usufruit. L'événement qui reconstitue la propriété dans sa plénitude, en réunissant sur la même tête l'usufruit et la nue propriété, tournera-t-il au profit du créancier hypothécaire? A cet égard, on a généralement distingué.

Par exemple, Paul avait un immeuble dont il a donné, par son testament, la propriété à Joseph et l'usufruit à Jacques; le legs étant recueilli par l'un et par l'autre, Joseph emprunte une somme de 12,000 fr., à la sûreté de laquelle il affecte hypothécairement la nue propriété qui lui a été léguée; puis Jacques, légataire de l'usufruit, meurt, en sorte que l'usufruit, éteint par cet événement (art. 617 Code Napoléon), va se

(1) *Voy.* MM. Grenier (*loc. cit.*), Duranton (*loc. cit.*), Mourlon (*Rép. écrit,* t. III, p. 478). — *Voy.* cependant MM. Persil (art. 2133, n° 3), Dalloz (t. IX, p. 121, n° 17), Martou (n° 729).

(2) *Voy.* MM. Persil (*loc. cit.*, n° 4), Mourlon (*loc. cit.*). — *Voy.* cependant M. Martou (n° 728).

réunir à la nue propriété sur la tête de Joseph. En cet état, ce dernier est exproprié et la pleine propriété de l'immeuble mis en vente ne produit qu'une somme de 12,000 fr. Dans ce cas, le créancier hypothécaire de Joseph va-t-il prendre, en payement de sa créance, tout ce qui restera du prix, déduction faite des frais et des autres créances privilégiées? Et les créanciers chirographaires de Joseph ne pourront-ils pas prétendre qu'il y a une sorte de ventilation à faire, en ce que le créancier hypothécaire n'ayant reçu hypothèque que sur la nue propriété, il ne saurait leur être préféré au moins sur la portion du prix représentant la valeur de l'usufruit? Les créanciers chirographaires ne seront pas fondés assurément : c'est l'opinion générale (1). Dans l'espèce, en effet, c'est l'usufruit qui est allé se réunir à la nue propriété sur la tête du nu propriétaire. Or la propriété est le droit principal, l'usufruit n'est que le droit accessoire. Donc l'hypothèque établie sur la propriété s'est étendue à l'accessoire; et désormais elle l'embrasse comme elle embrasserait l'alluvion : « *Si nuda proprietas pignori data sit, ususfructus, qui postea adcreverit, pignori erit. Eadem causa est alluvionis.* » (L. 18, § 1, ff. *De pign. act.*) La solution serait la même dans le cas où la consolidation s'opérerait, non point par la mort de l'usufruitier, mais par l'acquisition que le nu propriétaire aurait faite de l'usufruit; dans un cas pas plus que dans l'autre, il n'y aurait de raison pour que l'hypothèque assise d'abord sur la nue propriété n'affectât pas l'usufruit par voie d'extension (2).

Mais renversons l'hypothèse. C'est Jacques, usufruitier, qui a fait l'emprunt et qui a conféré hypothèque sur son droit d'usufruit; ensuite il a acheté la nue propriété dont Joseph était légataire; et enfin, quand il avait ainsi réuni sur sa tête et l'usufruit et la nue propriété, il est exproprié du tout. Qu'advient-il de l'hypothèque dont il avait affecté son droit d'usufruit? Et d'abord, nous le rappelons, l'hypothèque n'est pas éteinte. Nous l'avons montré plus haut (*voy.* n° 383), si, même dans ce cas, l'usufruit s'éteint par la consolidation aux termes de l'art. 617 du Code Napoléon, c'est seulement dans les rapports de l'usufruitier et du nu propriétaire, ce n'est pas quant aux droits que l'usufruitier a pu conférer à des tiers : l'hypothèque subsiste donc. Mais dans quelle mesure? Va-t-elle jusqu'à grever la nue propriété par voie d'extension? Non; car ici c'est la propriété qui est venue s'adjoindre à l'usufruit; et il impliquerait que le principal cédât à l'accessoire : c'est aussi l'opinion générale (3).

408. Enfin, nous avons dit, sur cette première application de la règle consacrée par notre article, que les créanciers hypothécaires profitent des améliorations procédant de changements qui ont placé l'immeuble

---

(1) *Voy.* MM. Delvincourt (t. III, p. 292, n° 4), Grenier (t. I, n° 144), Dalloz (t. IX, p. 122, n° 19), Battur (t. II, n° 218), Troplong (n° 551), Duranton (t. XIX, n° 265), Martou (n° 731).

(2) *Voy.* cependant M. Battur (*loc. cit.*).

(3) *Voy.* MM. Grenier (t. I, n° 140), Dalloz (*loc. cit.*, n° 20), Troplong (n° 553 *bis*), Martou (*loc. cit.*). — *Voy.* cependant M. Duranton (*loc. cit.*).

hypothéqué dans des conditions meilleures d'exploitation ou autres. Ceci se démontre en quelque sorte de soi-même et ne saurait faire naître aucune difficulté.

Par exemple, je possède, pour toute fortune immobilière, une maison située dans un coin reculé de Paris; surviennent des travaux d'utilité publique par l'effet desquels ma maison se trouve en façade sur une place ou sur une rue nouvelle et importante; ma maison, qui valait 50,000 fr. avant l'exécution des travaux, en vaut 100,000 maintenant: l'augmentation profite à mes créanciers hypothécaires comme elle me profite à moi-même; leur gage s'augmente de tout ce dont ma fortune immobilière s'est accrue, et mes créanciers chirographaires ne pourront pas leur contester, en cas d'expropriation, la part qui leur revient dans le prix du gage ainsi amélioré.

Par exemple encore, vous avez un terrain qui, en raison de sa situation même et de la difficulté des communications qui en rendent l'exploitation pour ainsi dire impossible tant elle serait onéreuse, est à peu près sans valeur. Mais des routes sont ouvertes, un chemin de fer est établi, et votre terrain acquiert une valeur considérable. L'augmentation profite aux hypothèques qui s'étaient assises sur un immeuble insuffisant, et ce qui n'était rien ou à peu près à l'origine devient une sûreté réelle et sérieuse.

Les hypothèses pourraient être multipliées; nous n'insistons pas cependant sur cette première application de la règle; ce qui précède en fait suffisamment apercevoir la portée.

III. — 409. Il en est des améliorations *industrielles*, c'est-à-dire de celles qui sont le fait de l'homme, comme des améliorations naturelles ou accidentelles; elles profitent aussi à l'hypothèque. C'est de toute évidence en ce qui concerne les améliorations qui sont le fait du débiteur. En est-il de même quant aux améliorations provenant d'un tiers possesseur? L'affirmative est certaine également. Ainsi, tel immeuble grevé d'hypothèque est passé des mains du débiteur à un acquéreur qui, ayant négligé de remplir les formalités nécessaires pour purger la propriété, est resté tenu dans les termes des art. 2167 et suivants du Code Napoléon. Il est en possession de l'immeuble, et, pendant qu'il possède, il fait des réparations, des plantations, etc., qui améliorent considérablement la propriété. Ces améliorations rentrent incontestablement dans les prévisions de notre article, qui, sans distinguer en aucune manière, veut que l'hypothèque acquise s'étende *à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué*. Celles du tiers détenteur sont donc affectées aussi bien que celles que le débiteur aurait pu faire lui-même des hypothèques procédant du chef de ce dernier. Seulement, par un sentiment d'équité, la loi réserve au tiers possesseur la répétition de ses dépenses, jusqu'à concurrence de la plus-value qu'elles ont procurée à l'immeuble. Nous revenons sur ceci dans notre commentaire de l'art. 2175. Quant à présent, un seul point est à retenir, c'est que notre règle d'extension s'applique aux améliorations qui sont le fait de l'homme, et cela soit qu'elles proviennent du propriétaire de l'immeuble hypothéqué, soit

qu'elles proviennent d'un tiers détenteur. Ceci, du reste, n'est pas contesté.

410. La difficulté, la seule qui se soit produite, touche au sens qu'il convient de donner au mot améliorations : encore même cette difficulté, qui d'ailleurs n'en aurait pas dû être une, se restreint-elle à un point tout particulier.

On est d'accord, en effet, sur cette idée, que tout ce qui rend la chose meilleure, quelque importants que soient le travail et la main-d'œuvre, et quelque complète que soit la modification, constitue une amélioration à laquelle s'applique la disposition de notre article. Ainsi, un marais a été desséché et assaini; une terre stérile a été convertie en une pépinière, en un jardin, un verger; une terre improductive a été couverte de plantations considérables; un bâtiment en état de dégradation complète a été largement réparé; une maison de dimensions insuffisantes s'est accrue d'une aile qu'on y a ajoutée, ou a été surélevée d'un étage : ce sont là des améliorations, selon l'opinion de tous les auteurs sans exception, et toutes elles profitent à l'hypothèque.

Mais l'immeuble grevé d'hypothèque est un terrain nu; et sur ce terrain ont été élevées des constructions importantes et d'une valeur très-considérable. Ces constructions nouvelles sont-elles aussi des améliorations dans le sens de la loi? C'est là le point controversé entre les auteurs. La solution, pourtant, n'en saurait être douteuse. C'est, nous l'avons vu plus haut, par les principes sur le droit d'accession que doit être réglée l'application de notre article. (*Suprà*, n° 406.) Or c'est une maxime certaine dans le droit d'accession que *omne quod solo inædificatur solo cedit*. — D'un autre côté, les rédacteurs du Code, en définissant ce droit d'accession par ses effets mêmes, ont dit expressément : « La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et *sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement.* » (Art. 546.) Il n'en faut pas davantage pour écarter l'opinion de ceux qui, mettant les constructions dans une classe à part, y ont voulu voir non pas une amélioration du sol, mais une création tout à fait indépendante (1) : évidemment rien ne s'accorde moins avec les principes. Il faut reconnaître, au contraire, que des constructions élevées sur un terrain, quelque considérables qu'on les suppose, sont censées ne faire qu'une seule et même chose avec ce terrain, et que par la volonté très-expresse et très-formelle de la loi, elles n'en constituent même que l'accessoire. Et de là à dire que l'hypothèque dont le terrain était grevé s'étend aux constructions comme elle s'étendrait à toutes autres améliorations, la conséquence est nécessaire : aussi est-elle généralement proclamée (2).

(1) *Voy.*, en ce sens, MM. Dalloz (*loc. cit.*, n° 15), Taulier (t. II, p. 315 et 316; t. VII, p. 269). — *Voy.* aussi un arrêt de la Cour de Paris, du 6 mars 1834 (Dev., 34, 2, 308). — *Junge* : l'arrêt de la Cour de Lyon, du 26 janvier 1835, que nous citons, *suprà*, au n° 197, et les Observations présentées par la Faculté de droit de Grenoble lors de l'enquête administrative de 1841 (*Docum.*, t. III, p. 348 et suiv.).

(2) *Voy.* MM. Grenier (t. I, n° 147), Duranton (t. XIX, n° 258), Mourlon (*Rép. écrit.*

IV. — 411. Après avoir suivi la règle dans ses applications, il reste à faire remarquer qu'elle est étrangère à tous les cas où l'augmentation procède d'une acquisition nouvelle ou de l'adjonction faite par le propriétaire d'un terrain à un autre pour donner plus d'étendue au premier.

Par exemple, j'ai donné une hypothèque sur ma terre, et à côté de cette terre s'en trouve une autre que j'achète et que je réunis à la première, de manière à n'en faire qu'une seule des deux. Il est certain que l'hypothèque par moi donnée sur la terre que je possédais d'abord ne s'étendra pas à la terre que je viens d'acquérir. Dans ce cas, leur réunion en un seul corps consiste dans ma volonté personnelle de n'en faire un tout que par rapport à moi et à mon usage; mais par rapport au sol immobilier, la terre nouvellement acquise par moi n'en est pas moins bien distincte de la propriété que j'avais d'abord, tout aussi distincte après l'acquisition qu'elle l'était avant.

Par exemple encore, j'avais conféré hypothèque sur un terrain enclos d'une contenance d'un hectare; plus tard, j'achète un hectare encore que je réunis au premier, dont j'étends l'enceinte. L'hypothèque n'en restera pas moins concentrée sur l'hectare que j'ai hypothéqué. La consistance de mon terrain enclos est changée, elle s'est augmentée; néanmoins les deux portions dont il se compose maintenant sont parfaitement distinctes, et de l'une à l'autre, dans le sens territorial et hypothécaire, il n'y a ni principal ni accessoire.

C'est la doctrine que nous avons émise déjà, sur la question de savoir si des augmentations faites dans les mêmes circonstances, pendant le mariage, à un immeuble appartenant à l'un des époux, constitue ou non des propres. Nous nous sommes prononcé pour la négative, sans tenir compte de l'objection puisée par quelques auteurs dans l'art. 1019, lequel, en matière de legs, tient les circonstances indiquées comme suffisantes pour faire comprendre le terrain nouvellement acquis dans le legs de l'enclos (2). On pourrait peut-être invoquer et opposer, en faveur de l'existence de l'hypothèque, la même analogie. Mais nous répondrions encore qu'il n'en est pas non plus des règles sur l'hypothèque comme des règles sur le legs; l'appréciation de l'intention est dominante en matière de legs, et ici l'intention serait essentiellement favorable au légataire, en ce que le testateur, qui aurait pu retrancher s'il l'avait voulu, est censé, dès qu'il ne l'a pas fait, avoir disposé de l'enclos en totalité. Au contraire, en matière d'hypothèque, les règles sont essentiellement limitatives; elles doivent être appliquées rigoureusement et sans qu'il y ait jamais à rechercher quelle a pu être l'intention des parties. Or la règle d'extension posée dans notre article suppose que

---

t. III, p. 477), Troplong (n° 551), Martou (n° 752). — La Cour de Paris elle-même n'a pas persisté dans la doctrine qu'elle avait consacrée par son arrêt cité à la note précédente. *Voy.* ses deux arrêts en sens contraire des 2 juillet 1836 et 18 janvier 1838. — *Conf.* Req., 11 avr. 1833; Bourges, 3 fév. 1851, et Rennes, 26 nov. 1851 (*J. P.*, 1837, t. I, p. 310, 312; 1851, t. I, p. 471; 1852, t. II, p. 75).

(2) *Voy.* le *Traité du Contrat de Mariage*, t. I, n° 457.

les améliorations et augmentations qu'elle a en vue procèdent d'une union réelle, d'une véritable accession, d'une adjonction qui se fait *accessoirement* à l'immeuble hypothéqué. Et ici, encore une fois, nous n'avons ni union, ni accession, ni adjonction : nous avons deux portions parfaitement distinctes, deux propriétés indépendantes, dont aucune des deux n'est l'accessoire de l'autre, et qui toutes deux sont principales.

2119. — Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.

SOMMAIRE.

I. Origine de la maxime reproduite dans notre article. Elle appartient au droit coutumier; mais la portée n'en était pas la même dans toutes les coutumes.

II. Elle a été introduite surabondamment dans le Code Napoléon; et c'est à tort que quelques auteurs la présentent comme écrite spécialement en vue des objets qui, ayant été immobilisés par leur accession à un immeuble, sont ensuite rendus à leur nature d'objets mobiliers. Notre article est une disposition générale qui embrasse ce cas particulier.

III. Mais dans son application au cas particulier, elle peut avoir des conséquences fort graves contre lesquelles, d'ailleurs, les créanciers hypothécaires ne sont pas toujours nécessairement désarmés.

I. — **412.** Dans les principes du droit romain, il n'y avait, en matière d'hypothèque, aucune différence à faire entre les meubles et les immeubles : les biens des deux classes étaient également susceptibles d'hypothèque. Toutes choses susceptibles d'être vendues pouvaient, par cela même, être affectées hypothécairement pour la garantie des créanciers : telle était la règle. *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.* (L. 9, § 1, ff. *De pign. et hyp.*, etc.) Du reste, l'hypothèque des meubles jouissait, au même titre que celle des immeubles, de toutes les prérogatives attachées à ce genre de garantie, c'est-à-dire qu'elle donnait le droit de préférence vis-à-vis des autres créanciers dont l'hypothèque était postérieure en date, et le droit de suite vis-à-vis des tiers auxquels le meuble aurait pu être transmis; car, les textes consacrant ce droit de suite et ce droit de préférence, n'établissaient pas de différence entre les immeubles et les meubles. (L. 12, § 10, ff. *Qui pot. in pign. vel hyp.*, etc.; l. 15, C. *De pign. et hyp.*)

En France, et même dans les pays de coutume, les principes de la loi romaine furent d'abord reçus et consacrés, au moins dans ce qu'ils avaient de général; mais des modifications ne tardèrent pas à s'introduire. C'est précisément l'une de ces modifications, et l'une des principales, que notre article rappelle.

413. Le droit commun des pays coutumiers, sinon la coutume de tous ces pays, n'a pas admis longtemps, en effet, l'hypothèque des meubles : il l'a rejetée bientôt et d'une manière absolue, c'est-à-dire quant au droit de suite et quant au droit de préférence. Pourquoi? Loyseau en donne les motifs, qu'il faut reproduire parce qu'ils subsistent encore aujourd'hui et qu'ils montrent l'impossibilité d'asseoir



une hypothèque sur des biens sans fixité. « Dont la raison, dit-il, n'est pas celle qu'on allègue vulgairement, que *mobilium vilis est possessio,* pour ce que le plus ou le moins ne sont point de différence au droit, mais il y en a trois autres pertinentes. L'une, que les meubles n'ont pas une subsistance permanente et stable comme les immeubles, et partant ne sont si propres à recevoir en soi, par la simple convention et sans qu'ils soient actuellement occupez, le caractère d'hypothèque, et à conserver ses effets... L'autre, que les meubles peuvent facilement et sans incommodité être mis ès mains du créancier, les lui baillant en gage... de sorte que quand il n'y a que la simple convention sans nantissement, on peut imputer au créancier de n'avoir pas pris son assurance comme il pouvoit : ce qui n'est pas aux immeubles, dont il est malaisé et incommode de transférer la détention au créancier... La troisième est que si les meubles avaient suite par hypothèque en vertu de la simple convention... le commerce seroit grandement incommodé, même aboly presque tout à fait, pour ce qu'on ne pourroit pas disposer d'une épingle, d'un grain de bled, sans que l'acheteur en pust être évincé par tous les créanciers du vendeur (1). »

Mais, nous l'avons fait pressentir, l'hypothèque des meubles ne fut pas rejetée ainsi d'une manière absolue dans tous les pays de coutume. Le droit commun s'était fixé, sans doute, dans le sens indiqué par Loyseau; toutefois quelques coutumes particulières faisaient exception, non pas qu'elles admissent l'hypothèque des meubles d'une manière complète et avec tous les effets attachés à l'hypothèque, mais elles l'admettaient dans une certaine mesure et dans l'un de ses effets : telles étaient notamment les coutumes de Normandie, du Maine et d'Anjou. Dans ces pays, comme le dit encore Loyseau, on avait été particulièrement frappé de la dernière des trois raisons dont l'ensemble, partout ailleurs, avait fait rejeter l'hypothèque des meubles; mais, comme « cette dernière raison, qui certes est la plus plausible, ne porte qu'*à la suite de l'hypothèque concernant l'acheteur, et non à celle qui concerne le créancier postérieur,* » on avait pris un terme moyen : l'hypothèque des meubles avait été admise quant à *la suite concernant le créancier postérieur,* en ce sens que les créanciers qui avaient accepté des meubles comme un gage hypothécaire n'avaient droit au prix que selon l'ordre de leur hypothèque; au contraire, elle avait été rejetée quant *à la suite concernant l'acheteur,* en ce sens que si les meubles hypothéqués avaient été vendus, l'acheteur en était régulièrement propriétaire et n'avait pas d'éviction à craindre de la part des créanciers du vendeur (2).

Tel était, sur ce point, l'ensemble du droit coutumier : il se résumait dans cette maxime fameuse, devenue, selon l'expression de Loyseau, une règle et comme un proverbe de pratique : *Meuble n'a pas de suite par hypothèque.* Du reste, cette règle était on ne peut plus géné-

(1) Loyseau (*Des Offices*, liv. 3, chap. 5, nos 23 et suiv.).
(2) Loyseau (*loc. cit.*, n° 27).

rale; on la retrouve indistinctement dans toutes les coutumes, et cela devait être. Ceci posé que *la suite par hypothèque,* dans le langage du droit coutumier, s'entendait non-seulement de l'action du créancier qui *suit contre l'acquéreur,* mais encore de l'action du créancier qui *suit contre un créancier postérieur* (1), la maxime avait sa raison d'être dans toutes les coutumes, dans celles qui n'admettaient de l'hypothèque des meubles que le droit de préférence, non moins que dans celles qui n'en admettaient rien, ni le droit de préférence ni le droit de suite. Seulement la portée n'en était pas et n'en pouvait pas être la même dans les coutumes de l'une et de l'autre classe : dans les premières, elle signifiait uniquement que les meubles une fois sortis de la possession du débiteur par l'effet de la vente étaient affranchis entre les mains de l'acheteur, qui ne pouvait pas être inquiété; dans les autres, en bien plus grand nombre, elle signifiait que si, par impossible, des meubles avaient été affectés hypothécairement, non-seulement l'acheteur de ces meubles ne pouvait pas être inquiété par les créanciers hypothécaires, mais encore que ces créanciers eux-mêmes et entre eux n'avaient pas à compter sur l'hypothèque pour se faire payer sur le prix, les uns par préférence aux autres (2).

II. — 414. Notre article nous dit également que *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.* En quel sens et dans quel intérêt nous le dit-il? Evidemment ce ne peut être dans le sens et avec la signification restreinte qu'avait la maxime pour les pays coutumiers où, par exception au droit commun, l'hypothèque des meubles était admise au moins quant au droit de préférence. En présence des art. 2114 et 2118, dont l'un dit de l'hypothèque qu'elle est un *droit réel sur les immeubles,* et dont l'autre indique *les biens immobiliers et leurs accessoires réputés immeubles* comme seuls susceptibles d'être hypothéqués, notre article ne peut avoir d'autre signification que celle qu'avait, dans le droit commun des coutumes, la maxime dont il est la reproduction. Il revient donc à dire, ce que du reste les rédacteurs de la loi du 9 messidor an 3 avaient cru devoir exprimer plus nettement encore (3), qu'*à l'égard des meubles et objets mobiliers, ils ne sont pas susceptibles d'être hypothéqués.* En ce sens, notre article exprime ce qui déjà est clairement indiqué par les art. 2114 et 2118, et il est vrai de dire que la disposition en a été introduite surabondamment dans le Code.

415. D'ailleurs, notre article régit au même titre et les objets mobiliers qui n'ont pas cessé de conserver leur caractère de meubles, et ceux qui, ayant été immobilisés par la destination, ont repris ensuite

(1) « La suite par hypothèque, dit Loyseau, est quand un créancier suit son hypothèque *ou contre l'acquéreur, ou contre le créancier postérieur.* » (Voy. *loc. cit.*, n° 20.)

(2) La règle, selon Loyseau, emporte « que l'acquéreur ne peut être inquiété, et *ainsi que la suite et ordre d'hypothèque* n'a lieu aux meubles entre plusieurs créanciers auxquels ils sont hypothéquez. » (*Loc. cit.*, n° 22.)

(3) Cette loi, qui, on l'a vu plus haut (*suprà*, n° 348), déclarait aussi seuls susceptibles d'hypothèque les biens et certains droits immobiliers, ajoutait néanmoins, à l'art. 6 : « A l'égard des biens meubles, ils ne peuvent être l'objet d'aucune hypothèque, sans préjudice toutefois du droit de suite pour cause de revendication. »



par la séparation leur nature mobilière. Quelques auteurs, guidés par le désir de défendre la loi contre le reproche de s'être répétée, ont été amenés à penser même que c'est en particulier pour les meubles de cette dernière catégorie, et seulement pour eux, que le texte de notre article a été écrit : « Il est clair, dit M. Duranton, que, sous le Code, la règle, *Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque,* n'aurait aucun sens, appliquée aux meubles ordinaires, puisqu'ils ne peuvent être hypothéqués : dès lors il allait de soi qu'ils ne puissent être suivis par voie d'hypothèque ; il eût donc été inutile de le dire. *Elle doit être entendue des meubles qui étaient devenus immeubles par destination, et qui ont été affectés de l'hypothèque avec l'immeuble, mais qui, une fois séparés du fonds, ne peuvent être suivis par voie d'hypothèque, parce que par la séparation ils ont repris le caractère de meubles ordinaires* (1). » Toutefois rien, ni dans le texte ni dans la discussion de la loi, n'autorise une pareille interprétation ; et il y a d'autant moins lieu de s'y arrêter que, même entendue dans le sens qu'on lui prête, la disposition de notre article n'en serait pas moins surabondante : car enfin, si les meubles d'abord immobilisés reprennent, par la séparation, leur caractère *de meubles ordinaires,* c'est donc qu'ils rentrent, par la séparation, dans la règle générale ; d'où suit que même pour les meubles qui, l'immobilisation étant venue à cesser, ont été rendus à leur nature primitive, il allait de soi qu'ils ne pourraient pas être suivis par voie d'hypothèque, puisque, comme tous autres, ils sont désormais insusceptibles d'être distinctement et isolément hypothéqués (2). Il faut donc reconnaître qu'il y a dans notre article une disposition absolue, surabondante, sans doute, en présence des art. 2114 et 2118, mais qui embrasse les meubles d'une manière générale, et par conséquent, comme nous l'avons dit, non-seulement ceux qui n'ont jamais perdu la qualité de meubles, mais encore ceux qui, l'ayant perdue par l'immobilisation, l'ont reprise plus tard, quand l'immobilisation a cessé.

416. Mais il y a quelques conséquences à préciser, quant aux meubles de cette dernière catégorie, qui, pendant leur immobilisation, ont été atteints par les hypothèques dont était grevé l'immeuble auquel ils étaient attachés. L'une de ces conséquences a été déduite plus haut, quand nous avons montré qu'à l'instant où l'immobilisation cesse, les meubles échappent à l'hypothèque qui les avait atteints comme accessoires, et que le gage du créancier se trouve d'autant diminué. (Voy. *suprà,* n° 376.) En voici une autre, qu'en raison de sa nature même nous devions réserver pour la rattacher à notre article. C'est que les créanciers hypothécaires qui, par le fait de la séparation, cessent d'avoir la chose pour gage, n'ont par cela même, en leur qualité de créanciers hypothécaires, aucun droit de préférence à exercer sur le prix. Ainsi, les meubles, rendus à leur nature primitive, ont-ils été vendus

(1) *Voy.* M. Duranton (t. XIX, n° 280). — *Junge :* MM. Dalloz (*loc. cit.*, n° 7), Delvincourt (t. III, p. 157), Demante (t. III, n° 961), Bugnet sur Pothier (*Tr. de l'hyp.*, n° 36, à la note).

(2) *Conf.* M. Valette (p. 219).

sur saisie faite sur le débiteur; ou bien encore ont-ils été vendus amiablement par celui qui est en possession de l'immeuble auquel ils avaient été attachés : le payement ou la distribution du prix se fera à qui de droit, mais sans que les créanciers inscrits sur l'immeuble aient à y prétendre aucun droit de préférence à raison de leur hypothèque. La saisie ou la vente a pour objet des meubles, qui, à la vérité, ont été atteints par l'hypothèque pendant leur immobilisation; mais la mobilisation les a affranchis; désormais l'hypothèque est, à leur égard, comme si elle n'eût jamais existé, car, par leur nature et pris en eux-mêmes, ils ne sont pas susceptibles d'être hypothéqués : c'est là ce que nous dit notre article en exprimant que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque : il n'est donc pas possible que l'hypothèque ait plus d'effet sur le prix qu'elle n'en peut avoir sur la chose.

Ce point de droit nous paraît hors de doute; il a été gravement méconnu cependant dans les motifs d'un arrêt, du reste, généralement critiqués (1). Dans l'espèce, un prêt est consenti à un brasseur avec hypothèque sur la brasserie et les ustensiles en dépendant. Le débiteur meurt peu de temps après, laissant des affaires en mauvais état, tellement que sa succession est répudiée, et qu'étant vacante, elle est placée sous l'administration d'un curateur. Les ustensiles, tels que tonneaux et rondelles, se trouvaient alors incorporés à la brasserie. Mais le curateur en opéra la séparation par la vente qu'il fit distinctement et de la brasserie et des ustensiles. Puis, un ordre s'étant ouvert pour la distribution des deniers, la régie des contributions indirectes, créancière pour droits dus à raison de fabrication de bière, s'y présenta et prétendit à un privilége sur le prix de vente des tonneaux et rondelles. Un conflit s'éleva alors entre la régie et le créancier hypothécaire, la première soutenant que ces ustensiles avaient été rendus par la vente à leur nature mobilière, que par conséquent le créancier hypothécaire n'en pouvait atteindre le prix en vertu de l'hypothèque qui lui avait été conférée sur la brasserie; le second prétendant, au contraire, que son hypothèque devait s'exercer sur le prix provenant des ustensiles comme sur le prix de toute autre partie de l'immeuble affecté. Ce fut cette dernière prétention que consacrèrent successivement le Tribunal de Lille et la Cour de Douai (2). Pourquoi? On peut dire que ni le Tribunal ni la Cour n'en ont donné aucun motif; car après avoir établi, ce qui d'ailleurs n'était pas mis en doute, qu'à Lille, les pressoirs, tonneaux, rondelles, attachés à une brasserie doivent être considérés comme immobilisés par application de l'art. 524 du Code Napoléon, ils se bornent, sur ce qui était précisément la difficulté du procès, à exprimer « que la vente particulière faite des tonnes *n'a pu changer la qualité d'immeubles que l'art. 524 du Code civil leur donnait, ni faire perdre au créancier son hypothèque sur les tonnes, ni par conséquent sur les deniers qui les représentent.* » C'était, tout simplement, résoudre la question par la

(1) *Voy.* MM. Troplong (n° 399), Valette (p. 221), Martou (n° 719).
(2) Douai, 3 janv. 1815.

question, et asseoir sur une véritable pétition de principes une théorie absolument contraire aux doctrines les mieux accréditées.

Nous savons bien que le pourvoi en cassation dirigé contre cet arrêt a été rejeté (1). Pourtant, il ne faut pas s'y méprendre, la Cour de cassation n'a pas légitimé une solution aussi contraire aux principes. L'arrêt de rejet, en s'attachant à cette circonstance que, dans l'espèce, la vente des ustensiles avait été faite par le curateur à la succession vacante, paraît s'être déterminée par l'idée que le fait d'un *simple administrateur,* agissant sans doute en vue de tirer un meilleur parti de la chose, n'avait pas dû détruire la destination que le propriétaire avait donnée aux objets mobiliers et par laquelle il les avait immobilisés, ni avoir pour effet de favoriser une classe de créanciers au préjudice des droits acquis à une autre classe. Mais l'arrêt de rejet n'a eu garde de dire, comme les juges du fait, qu'en principe la vente des ustensiles faite distinctement *ne peut pas changer la qualité d'immeubles que la destination leur avait imprimée,* ni qu'en principe encore il faille, après la vente, réserver aux créanciers hypothécaires leur droit de préférence sur le prix des ustensiles que cette vente a rendus à leur nature primitive de meubles. Il admet cela dans la situation spéciale et exceptionnelle sur laquelle il statue. L'aurait-il admis en thèse générale et dans le cas où la séparation aurait été opérée par le propriétaire ou par un héritier qui aurait pris la place du propriétaire? Non! Il y a, dans les motifs généraux de l'arrêt, quelques réserves qui ne permettent pas d'en douter. C'est que, encore une fois, des objets que la destination a immobilisés momentanément redeviennent par la séparation meubles au même titre que les meubles ordinaires; comme tels, ils sont désormais insusceptibles d'hypothèque d'une manière absolue, et, par conséquent, l'hypothèque qui les avait affectés accessoirement à l'immeuble, dont ils ont été pour un instant les auxiliaires ou les dépendances, ne les atteint plus en aucune manière, ni en eux-mêmes, ni dans le prix qui les représente, parce que la chose elle-même n'étant pas susceptible d'hypothèque, on ne saurait concevoir qu'il pût se produire, à son occasion, un effet quelconque procédant du droit hypothécaire.

III. — 417. Précisément à cause de cet effet absolu de la mobilisation, il importe de se demander si le créancier hypothécaire est complétement désarmé de tous moyens de prévenir des actes dont l'accomplissement doit amoindrir son gage, ou même, en supposant l'acte consommé, d'obtenir, soit que son gage soit rétabli, soit que le dommage qui en peut résulter soit réparé. C'est le point que nous avons réservé dans notre commentaire de l'art. 2118. (Voy. *suprà,* nº 376, *in fine.*)

Et d'abord nous laissons à l'écart le moyen indiqué par l'art. 2131, pour le cas où les immeubles assujettis à l'hypothèque ont péri ou éprouvé des dégradations de manière à devenir insuffisants pour la sûreté du créancier. Nous aurons à nous occuper, en traitant de l'hypo-

(1) Req., 4 fév. 1817.

thèque conventionnelle, de ce cas qui touche à un autre ordre d'idées. Nous nous plaçons maintenant dans l'hypothèse où le gage est amoindri ou détruit, non point par suite de circonstances purement accidentelles, mais par un fait positif émanant de la volonté de son auteur.

418. Ceci dit, nous ferons une première distinction.

Ou le débiteur est propriétaire de l'immeuble hypothéqué sans aucune autre entrave que celle résultant de l'hypothèque dont sa chose est grevée, ou l'immeuble qui est entre ses mains s'y trouve frappé de saisie : la situation, au point de vue qui nous occupe, et les droits respectifs des créanciers hypothécaires, des propriétaires et des tiers avec lesquels celui-ci traiterait, sont nécessairement différents dans les deux situations.

Prenons d'abord la seconde. Ainsi, Pierre, propriétaire d'une maison, y a incorporé des machines et en a fait une fabrique. Il avait pour créanciers Joseph et Paul, auxquels il avait conféré sur sa maison une hypothèque qui s'est étendue aux machines incorporées. Dans cette situation, la fabrique de Pierre est saisie immobilièrement et la saisie est transcrite. Ici, nous ne pensons pas qu'il puisse s'élever le moindre doute. Paul et Joseph, créanciers hypothécaires, ont désormais, par la transcription de la saisie, un droit certain, dans la mesure de leur créance, aux machines incorporées, un droit avec lequel nul autre ne pourrait entrer en lutte. Donc les tiers, quels qu'ils soient et quelle que soit la convention qu'ils auraient faite, postérieurement à la transcription, avec Pierre, propriétaire de la fabrique, n'auraient rien à opposer aux prétentions des créanciers hypothécaires ; et, fussent-ils acquéreurs et même en possession des machines, les créanciers hypothécaires revendiqueraient entre leurs mains ces machines qui avaient été incorporées, parce qu'après la saisie immobilière de la fabrique et la transcription de la saisie, le propriétaire était légalement dessaisi de la chose ; que cette chose, qui était unie à son immeuble, était le gage des créanciers, et qu'ainsi aucune partie n'en avait pu être distraite au préjudice de l'hypothèque qu'ils y avaient imprimée.

Prenons maintenant la première hypothèse. Pierre, propriétaire de la fabrique grevée, avec ses accessoires, des deux hypothèques conférées à Joseph et à Paul, est dans une situation d'affaires et de fortune qui lui permet de satisfaire à ses engagements. Son immeuble est donc entre ses mains libre de toute saisie. Mais la prospérité de ses affaires n'était qu'une apparence ; en fait Pierre est gêné, il lui faut faire argent de tout : il vend alors les machines de sa fabrique à Jacques qui les enlève ou se propose de les enlever. C'est précisément le cas dans lequel se produit la question proposée : les créanciers hypothécaires pourront-ils ou non s'opposer à ce que les accessoires que leur hypothèque a frappés soient enlevés de l'immeuble ? Dans le cas où ces accessoires seraient déjà enlevés, pourront-ils ou non en exiger la réintégration et le rétablissement ? Il faut encore distinguer.

419. Et d'abord, les objets incorporés, vendus par le débiteur, restent sur l'immeuble hypothéqué où ils sont à la disposition de l'acqué-

reur qui se propose de les enlever : dans ce cas nous estimons que vis-à-vis du créancier hypothécaire, la mobilisation n'est pas complète; il manque la tradition. Nous nous sommes prononcé, il est vrai, en sens contraire en ce qui concerne les fruits ordinaires, que nous avons considérés comme mobilisés par le fait seul de la vente (voy. *suprà,* n° 363); mais c'est qu'une telle vente, de la part du propriétaire, rentre dans les actes d'administration, au rang desquels il est impossible de placer la vente d'effets immobilisés par destination, c'est-à-dire d'objets qui sont les auxiliaires de l'immeuble auquel ils étaient attachés et qui n'y avaient été placés que pour son exploitation. Ainsi, dans le cas proposé, et sans qu'il y ait à distinguer en aucune manière si la vente consentie par le débiteur a été faite de bonne ou de mauvaise foi, les créanciers hypothécaires pourront s'opposer à l'enlèvement; en cela ils ne feront qu'user de la faculté ouverte par l'art. 1180 du Code Napoléon, qui permet à tout créancier d'exercer, même avant que la condition soit accomplie, tous les actes conservatoires de son droit. Et puis, si l'on conteste au fond le droit en vertu duquel l'opposition aura été faite, le créancier hypothécaire n'aura pas de peine à montrer que ce droit est supérieur et préférable à celui de l'acquéreur des objets mobiliers incorporés. Celui-ci, en effet, ne pourrait tenter de faire prévaloir le sien qu'en argumentant de la mobilisation. Or, sur ce terrain, le créancier hypothécaire se retrancherait derrière l'art. 1141 du Code Napoléon, suivant lequel, « si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi; » et il s'y retrancherait avec raison, car, dans l'ordre d'idées où nous sommes placé, il n'y a rien de forcé assurément à assimiler le créancier hypothécaire à un premier acquéreur auquel aurait été promise la livraison des objets achetés par le second, ni à faire prévaloir le droit réel résultant de l'hypothèque sur un autre droit que la possession réelle n'a pas complété (1).

420. Les objets qui avaient été immobilisés par destination sont séparés de l'immeuble et ils en sont enlevés; dans ce cas, d'autres distinctions sont nécessaires : ou les objets détachés de l'immeuble sont possédés par un tiers acquéreur, ou ils sont encore, soit entre les mains du propriétaire lui-même, soit aux mains de tierces personnes auxquelles il les a remis.

Dans le premier cas, la mobilisation que la vente avait commencée a été complétée par le fait de l'acquéreur qui s'est mis en possession.

---

(1) *Voy.* MM. Valette (p. 223), Demolombe (t. IX, n° 326). — *Voy.* aussi un arrêt de rejet du 17 juillet 1838 (Dev., 38, 1, 809). Dans l'espèce, l'acquéreur des objets immobilisés a été préféré, en définitive, au créancier hypothécaire; mais c'est qu'au fait de la vente se joignait le fait d'une tradition sinon réelle, au moins fictive : il s'agissait d'esclaves, et la vente avait été suivie de la remise de la feuille de dénombrement. — *Voy.* encore, dans ses motifs, un arrêt déjà cité du 10 juin 1841 (Dev., 41, 1, 484).

Désormais le tiers acquéreur est protégé par le principe qu'en fait de meubles possession vaut titre (art. 2279 du Code Napoléon); et il a pour lui cet art. 1141 qu'on lui opposait dans l'hypothèse précédente, et qui tourne en sa faveur dans celle-ci; car il y a là un droit certain résultant d'une mise en possession réelle, et qui, bien qu'il ait pris naissance après celui du créancier hypothécaire, est, dans les termes mêmes de cet article, supérieur au droit de ce dernier et doit l'emporter sur lui.

Toutefois, nous supposons une vente consentie de bonne foi. Si, au contraire, elle était entachée de fraude, si elle était le résultat d'un concert frauduleux organisé dans le but de nuire au créancier hypothécaire par l'altération ou la diminution de son gage, il en serait autrement : le cas rentrerait alors dans l'hypothèse dont il nous reste à parler, celle où les objets détachés et enlevés de l'immeuble existent soit entre les mains du propriétaire lui-même, soit entre les mains de tiers auxquels il les aurait remis.

Ces objets sont-ils aux mains du propriétaire qui les a détachés de son immeuble, il est hors de doute que les créanciers hypothécaires au préjudice desquels ils ont été séparés de l'immeuble et enlevés ont le droit d'en exiger le rétablissement et la réintégration aux frais du débiteur, ou d'exiger, si le rétablissement n'est pas possible (par exemple, en ce que les objets mobilisés ont été attachés à un autre immeuble), que des objets semblables ou de même nature soient mis à la place et restituent le gage dans sa valeur primitive.

Les objets sont-ils reconnaissables aux mains de tiers auxquels le débiteur les aurait remis, les créanciers hypothécaires pourront agir sur ces objets aux mains des tiers comme ils auraient pu agir sur eux aux mains du débiteur lui-même s'il fût resté détenteur : invoquant alors le principe des art. 1143 et 1144 du Code Napoléon, ils demanderont, soit le rétablissement et la réintégration des choses par les tiers, soit l'autorisation de se saisir de ces objets pour les réintégrer eux-mêmes aux frais de ceux qui les détiennent à leur préjudice. Ceci est admis par les auteurs (1). M. Duranton l'admet également, dans le cas du moins où les objets mobilisés sont libres, soit entre les mains du débiteur, soit aux mains des tiers auxquels le débiteur les aurait confiés, loués ou prêtés; mais il pense qu'il n'en devrait plus être de même si ces objets étaient frappés d'une saisie-exécution de la part des créanciers chirographaires du débiteur (2). Nous ne croyons pas que cette restriction doive être admise. Les créanciers hypothécaires qui viennent ainsi s'emparer, avec l'autorisation du juge, de corps certains pour les rétablir dans l'immeuble d'où ils ont été détachés indûment exercent une sorte de droit réel qui prévaut sur la saisie-exécution pratiquée par d'autres créanciers de leur débiteur. Ce droit reste entier; et ils peuvent l'exercer contre les créanciers saisissants comme ils pourraient l'exercer contre

(1) *Voy.* MM. Valette (p. 223), Demolombe (t. IX, n° 320).
(2) *Voy.* M. Duranton (t. XIX, n° 283).

le débiteur lui-même, parce qu'en ceci les créanciers chirographaires de qui émane la saisie n'ont pas d'autre droit que celui du débiteur dont ils sont les ayants cause. C'est l'opinion exprimée par MM. Valette et Demolombe (1) ; nous croyons qu'elle doit être adoptée.

Enfin, les objets sont-ils aux mains d'un tiers acquéreur de mauvaise foi, les créanciers hypothécaires pourront exiger également de lui qu'il rétablisse les objets si le rétablissement en est possible, et qu'il reconstitue ainsi leur gage dans sa consistance primitive; dans le cas contraire, si les choses ne peuvent plus être rétablies, les créanciers hypothécaires seront fondés à demander que le tiers acquéreur soit condamné, par application de l'art. 1382 du Code Napoléon, à payer des dommages-intérêts proportionnés au préjudice que son fait aura causé.

421. Ajoutons, en terminant sur notre article, que, dans une certaine mesure, les observations qui précèdent trouveront leur application même dans le cas où la mobilisation portera sur des biens immeubles par leur nature.

Par exemple, Pierre est propriétaire d'un domaine sur lequel Paul, son créancier de sommes considérables, a pris une hypothèque. Pierre vend à Joseph la maison bâtie sur son domaine pour être démolie, et à Jacques sa futaie pour être abattue. Nous n'avons pas à rechercher maintenant si de telles ventes ainsi faites en vue d'une démolition ou d'un abattage, dont l'effet sera d'opérer la mobilisation de choses classées par la loi au rang des immeubles par leur nature, sont mobilières ou immobilières, et, partant, si elles sont ou non sujettes à la transcription en vertu de la loi nouvelle : c'est un point que nous aurons à examiner en traitant du droit de suite dans notre commentaire des art. 2166 et suivants. Quant à présent, nous avons seulement à indiquer que, dans le cas donné, si la maison vendue à Joseph est démolie, si la futaie vendue à Jacques est abattue, les matériaux et les arbres seront par cela même mobilisés, en sorte qu'en thèse générale et en vertu des règles exposées plus haut (*voy.* le commentaire de l'art. 2118), Paul, créancier hypothécaire de Pierre, ne pourrait pas suivre entre les mains de Joseph et de Jacques les matériaux et les arbres provenant de la démolition et de l'abattage opérés par ceux-ci.

Mais ici reviendront quelques-unes des réserves et des distinctions indiquées à l'occasion de la mobilisation des immeubles par destination.

La vente a-t-elle été faite de mauvaise foi, en vue de nuire au créancier hypothécaire, elle sera nulle absolument et ne pourra produire aucun effet, en telle sorte que non-seulement le créancier sera fondé à s'opposer, si la démolition et l'abattage ne sont pas exécutés, à ce que le fait s'accomplisse, mais encore qu'il aura droit d'exiger, dans le cas contraire, le rétablissement de tout ce qui est susceptible d'être rétabli, c'est-à-dire la reconstruction du bâtiment, et, pour le surplus, la réparation de tout le dommage qui peut résulter de l'amoindrissement du gage hypothécaire.

(1) *Voy.* les indications faites aux notes précédentes.

La vente a-t-elle été consentie de bonne foi, sans aucune pensée de fraude de la part des acquéreurs, le créancier hypothécaire sera sans action aucune vis-à-vis d'eux, s'ils sont en possession réelle des choses par eux acquises, c'est-à-dire si Joseph a opéré la démolition et enlevé les matériaux, et si Jacques a exécuté l'abattage de la futaie et enlevé les arbres : le créancier hypothécaire ne pourra, dans ce cas, agir que contre son débiteur, et il aura contre lui la ressource de l'action qui lui est offerte par l'art. 2131. Mais, notons-le bien, c'est la *possession réelle* qui seule protégera les tiers acquéreurs, même de bonne foi ; en sorte que si Joseph et Jacques n'avaient pas commencé la démolition ou l'abattage, ou si, l'ayant commencée, ils ne l'avaient pas menée à fin, le créancier hypothécaire devrait être reçu à s'opposer à ces actes et à empêcher les tiers acquéreurs de les entreprendre ou de les continuer. Ici encore, le créancier agit pour la conservation de son droit, et, pas plus dans ce cas que dans celui où il s'oppose à la mobilisation des immeubles par destination (*voy.* n° 419), il n'y aurait motif raisonnable de lui refuser le bénéfice de l'art. 1180 du Code Napoléon.

2120. — Il n'est rien innové par le présent Code aux dispositions des lois maritimes concernant les navires et bâtiments de mer.

422. Cet article, qui termine la série des dispositions générales relatives à l'hypothèque, se rattache en réalité à la matière des *Priviléges;* aussi en avons-nous présenté le commentaire en traitant des priviléges sur les meubles. Nous renvoyons le lecteur à nos précédentes observations sur ce point (voy. *suprà,* n°s 94 à 111), et nous passons aux développements que comporte en particulier chacune des causes d'hypothèque indiquées par l'art. 2116 (voy. *suprà,* n° 323).

SECTION PREMIÈRE.

DES HYPOTHÈQUES LÉGALES.

423. Cette section, par laquelle s'ouvre la série des dispositions spéciales aux diverses espèces d'hypothèque (voy. *suprà,* n° 319), est consacrée à l'hypothèque classée et définie la première par les art. 2116 et 2117 du Code Napoléon, à l'*hypothèque légale*. Ici vont se produire des difficultés qui ne sont pas assurément les moins graves de notre sujet; mais avant de les étudier, ce qui rentre dans le commentaire des deux articles dont notre section se compose, nous devons nous arrêter au principe même de l'hypothèque et aux critiques dont il a été l'objet et contre lesquelles, d'ailleurs, il n'y a guère plus aujourd'hui à le défendre.

L'hypothèque dont il s'agit ici est qualifiée *légale,* bien moins, nous le savons déjà, parce qu'elle aurait son principe dans la loi (car la loi est la cause commune d'où procèdent *toutes* les hypothèques indistinctement), que parce qu'elle existe de plein droit, par la seule volonté du législateur, indépendamment d'une manifestation quelconque de la part

soit de celui auquel l'hypothèque est accordée, soit de celui dont elle grève les immeubles. (Voy. *suprà*, n° 322.) Si donc l'hypothèque est légale, c'est que la loi ici agit seule pour et au nom du créancier, qu'elle protége; et cette action de la loi s'explique et se justifie par la nature même des choses. C'est qu'en effet l'obligation garantie par l'hypothèque prend sa source, non point dans une convention expresse et directe des parties, mais dans des rapports établis par la loi elle-même. Ainsi, c'est la loi civile qui prononce les interdictions dont la femme est atteinte relativement à ses biens et qui la place dans un état de dépendance vis-à-vis de son mari; c'est la loi civile également qui, se préoccupant de l'état des mineurs et des interdits, les place sous la direction et la surveillance d'un tuteur dont l'action doit suppléer aux faiblesses de leur âge ou de leur intelligence; c'est encore par la volonté de la loi et en raison de leur condition d'existence que des personnes morales, comme l'Etat, les communes, les établissements publics, sont tenus d'avoir recours à des agents pour l'administration des intérêts généraux qu'elles représentent à des degrés différents. Lors donc que la loi, par les deux articles dont le commentaire va suivre, donne aux femmes mariées, aux mineurs et interdits, à l'Etat, aux communes et aux établissements publics, à raison de leurs droits et créances, une hypothèque générale sur les biens immeubles des maris, des tuteurs, des receveurs et administrateurs comptables, elle ne fait que compléter les mesures de protection qu'elle a organisées, ou leur donner de l'efficacité par une sorte de sanction qu'elle y ajoute.

Et néanmoins, à toutes les époques où il a été question en France de la réforme du régime hypothécaire, tout ceci a été l'objet de très-vives critiques. Les hypothèques légales ont été présentées comme nuisibles à la propriété elle-même, comme ce qu'il y a de plus propre à détourner de la vente et du prêt, en ce qu'elles font naître de véritables embarras dans la pratique des affaires, suscitent la confusion dans les transactions, et jettent le discrédit sur presque toutes les fortunes, même les mieux assises. Puis, en s'autorisant de ce qui a lieu dans quelques Etats voisins, où la loi remet la direction et la gestion des affaires des incapables à un administrateur spécialement institué dans ce but sous la garantie de l'Etat, on a parfois émis l'idée qu'il serait possible de mettre ce même moyen en pratique chez nous, et que par là on protégerait les incapables non moins sûrement que par l'hypothèque légale, et, dans tous les cas, sans gêne aucune pour les transactions ni dommage pour le crédit foncier (1).

Toutefois l'hypothèque légale a eu raison et des novateurs et des critiques. D'une part, on a toujours reconnu, sans qu'il y ait eu beaucoup

(1) Nous ne parlons ici que du principe même de l'hypothèque légale. Les attaques ont été bien autrement vives sur les points de détail, et notamment sur la dispense d'inscription dont jouissent, sinon les trois hypothèques légales ci-dessus indiquées, au moins celle de la femme et celle des mineurs et interdits. Mais nous ne voulons pas anticiper; notre appréciation à cet égard trouvera mieux sa place dans le commentaire des art. 2134 et suiv., qui ont trait à la *publicité* des hypothèques.

à insister sur ce point, que le moyen emprunté à quelques législations étrangères ne pourrait être mis à la place de l'hypothèque légale sans qu'il y eût à changer par cela même tout le système de la loi sur la tutelle, sur le contrat de mariage, sur les droits respectifs des époux, et, par conséquent, à contrarier, sur ces points importants de notre législation civile, des habitudes reçues et consacrées par les siècles. — D'une autre part, on a senti qu'en donnant hypothèque aux incapables, dont l'intérêt, après tout, est de beaucoup supérieur à l'intérêt tout particulier des prêteurs et des acquéreurs, la loi ne fait que mettre leurs biens sous la protection du droit commun, en ce que, faisant pour eux ce qu'ils ne savent ou ne peuvent faire par eux-mêmes, elle leur donne, en définitive, la garantie que tout créancier, maître de ses droits, est libre de se faire accorder par son débiteur.

Ceci dit sur le principe, arrivons au commentaire.

2121. — Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée, sont :

Ceux des femmes mariées, sur les biens de leur mari ;

Ceux des mineurs et interdits, sur les biens de leur tuteur ;

Ceux de l'Etat, des communes et des établissements publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables.

SOMMAIRE.

I. Observations générales et division.

II. *De l'hypothèque légale des femmes mariées.* — L'hypothèque a sa cause dans le fait du mariage. Elle est indépendante du contrat qui règle les conditions civiles du mariage et des circonstances dans lesquelles le mariage a eu lieu : application au mariage célébré à l'époque de la faillite du mari et aux mariages contractés à l'étranger.

III. Droits et créances garantis par l'hypothèque légale de la femme. La règle, à cet égard, est dans notre article et non dans l'art. 2135. Applications.

IV. Des restrictions, de l'extinction ou de la perte de l'hypothèque dans quelques situations particulières. 1° Du cas où, après liquidation, le mari reste en possession de la dot ou des reprises de la femme.

V. 2° Du cas de faillite du mari : loi du 28 mai 1838.

VI. 3° Des subrogations ou renonciations à l'hypothèque légale de la femme. — Exposé de la jurisprudence qui s'est formée sur ce point sous le Code Napoléon. — Innovations introduites à cet égard par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription.

VII. *De l'hypothèque légale des mineurs et interdits.* — Quelles fonctions réunissent les caractères d'une véritable tutelle, et, par suite, emportent hypothèque au profit du mineur ou de l'interdit : discussion. — Quelles créances sont garanties par l'hypothèque légale.

VIII. *De l'hypothèque légale de l'Etat, des communes et des établissements publics.* — Elle est donnée par la loi contre les *receveurs et administrateurs comptables.* — Quels agents doivent être considérés comme compris dans ces qualifications.

I. — 424. L'hypothèque légale a été définie par l'art. 2117. La loi nous dit maintenant quelles sont les créances auxquelles cette sûreté est attribuée. Ce sont, aux termes de notre article, les droits et créances

des femmes mariées vis-à-vis de leurs maris, ceux des mineurs et interdits vis-à-vis de leurs tuteurs, ceux de l'Etat, des communes et des établissements publics vis-à-vis des receveurs et administrateurs comptables.

On a coutume d'ajouter à cette énumération de notre article d'autres créances encore dont il ne parle pas : telles sont notamment la créance des légataires vis-à-vis des héritiers ou autres débiteurs du legs, qui détiennent des immeubles de la succession (Code Napoléon, art. 1017); celle des créanciers privilégiés dont le privilége dégénère en hypothèque dans le cas prévu par l'art. 2113 (voy. *suprà,* n° 307), et celle de la masse d'une faillite au nom de laquelle les syndics doivent, aux termes de l'art. 490 du Code de commerce, prendre inscription sur les immeubles appartenant au failli et dont ils connaissent l'existence. Toutefois, nous ferons remarquer que, du moins sous le rapport de la garantie elle-même, de son étendue, de ses conditions d'existence, l'hypothèque attribuée à ces dernières créances est essentiellement différente de celle qui s'attache aux droits et créances énumérés dans notre article. Sans doute elles ont bien cela de commun avec celles-ci que, ne pouvant pas se produire en vertu d'une convention ou d'une décision judiciaire, elles procèdent de la loi d'une manière directe, et, en ce sens, elles sont bien, si l'on veut, des hypothèques légales. Mais la faveur de la loi, quant aux garanties ou aux sûretés que, dans le langage habituel, on désigne par la qualification d'hypothèques légales, ne se borne pas à cela; elle va encore, par exception au principe de la spécialité de l'hypothèque, jusqu'à étendre l'hypothèque légale sur la généralité des immeubles du débiteur (art. 2122, et *suprà,* n° 323), et, en outre, par exception au principe de la publicité, jusqu'à maintenir l'hypothèque légale, au moins celle des femmes mariées et celle des mineurs et interdits, indépendamment de toute inscription. (*Voy.* article 2135, *infrà.*) Or, aucune des hypothèques dont il est question aux art. 1017 et 2113 du Code Napoléon, et à l'art. 490 du Code de commerce, ne jouit de pareils avantages; toutes, elles affectent spécialement certains immeubles déterminés; toutes, elles sont condamnées à périr si elles ne sont inscrites : elles sont donc, sous ce rapport, profondément distinctes des hypothèques légales proprement dites, de celles qu'on a coutume de désigner sous cette qualification. Celles-ci ne sont autres, à vrai dire, que celles dont il est question dans notre article.

Laissant donc à l'écart les créances dont il est question aux art. 1017 et 2113 du Code Napoléon et à l'art. 490 du Code de commerce, nous dirons que les droits et créances auxquels est attribuée l'hypothèque légale proprement dite sont, comme l'exprime notre article : ceux des femmes mariées, sur les biens de leur mari; ceux des mineurs et interdits, sur les biens de leur tuteur; et ceux de l'Etat, des communes et des établissements publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables. Ce sont là les seuls droits et créances dont nous ayons à traiter dans le commentaire de notre article.

425. Nous ne prendrons, d'ailleurs, de cet important sujet, que la

partie dans laquelle se renferme cet article lui-même. Dans son ensemble, la théorie de l'hypothèque légale embrasse nécessairement des points divers : il y a à déterminer les causes qui donnent naissance à l'hypothèque, le moment précis où elle commence d'exister, les personnes auxquelles elle est accordée, les droits et les créances qu'elle garantit, les biens qu'elle affecte, etc. Or ces divers points sont réglés distinctement par des dispositions disséminées dans notre titre : ainsi la date de l'hypothèque légale est fixée à l'art. 2135; son étendue est déterminée par l'art. 2122, sauf les modifications et restrictions possibles dans certains cas prévus aux art. 2140 et suiv., et 2161 et suiv. C'est donc sous ces divers articles que se placeront naturellement les observations auxquelles donnent lieu ces particularités de l'hypothèque légale. Quant à notre article, il a trait seulement à ce qui tient au principe même de l'hypothèque légale : notre commentaire n'ira pas au delà. Ainsi, en reprenant successivement les trois cas d'hypothèque légale qui viennent d'être indiqués, nous préciserons, pour chacun d'eux, la cause même de l'hypothèque, la personne à laquelle l'hypothèque est attribuée, et le droit ou la créance qu'elle garantit.

II. — 426. *De l'hypothèque légale des femmes mariées.* — Les sûretés que la loi confère à la femme à raison de ses biens vis-à-vis de son mari tirent leur origine du droit romain. Elles y furent d'abord fort restreintes; mais elles finirent par y prendre des proportions plus qu'exagérées. Ainsi, à l'origine, la femme n'eut pas même une hypothèque; c'est un privilége seulement qu'elle obtint de la loi (1), et, nous l'avons dit déjà, le privilége, en droit romain, n'était pas ce droit absolu de préférence tel qu'il a été consacré par notre loi française, ce droit qui prime celui de tous les créanciers même hypothécaires; c'était un droit purement personnel, et par suite il donnait préférence seulement vis-à-vis des créanciers chirographaires. (Voy. *suprà,* n° 25.) Mais cette garantie, à l'origine si faible et si manifestement insuffisante, devint par la suite véritablement excessive. Justinien, qui en ceci surtout justifia le surnom d'*uxorius legislator,* finit par en faire la plus exorbitante des prérogatives. Le privilége fut transformé en une hypothèque tacite, qui eut pour objet d'abord d'assurer la restitution de la dot (L. *uni.* C. *De rei uxor. act.*), dont la garantie fut étendue ensuite à toutes les créances de la femme (L. 11, C. *De pact. conv.*, etc.), et qui, par l'effet de la loi *Assiduis,* si universellement et si justement critiquée, finit par assurer le recouvrement de la dot par préférence aux créanciers hypothécaires du mari, même aux créanciers antérieurs au mariage. (L. 12, C. *Qui pot. in pign.;* Inst. *De action.*, § 29; Nov. 97, C. 2.)

Notre ancienne jurisprudence française s'est inspirée de ces dispositions du droit romain en consacrant aussi en faveur de la femme mariée

---

(1) « Si sponsa dotem dederit, nec nupserit; vel minor duodecim annis, ut uxor » habeatur : exemplo dotis, condictioni, favoris ratione, *privilegium, quod inter per-* » *sonales actiones vertitur, tribui placuit.* » (L. 74, ff. *De jure dotium.*)



l'hypothèque tacite qui partout ou presque partout (1) fut attribuée à ses créances vis-à-vis de son mari. Mais l'hypothèque tacite ne s'introduisit que sauf certaines modifications commandées, les unes par les règles générales du droit en matière hypothécaire, les autres par le besoin de renfermer les garanties dues à la femme mariée dans les limites de la justice que Justinien avait si ouvertement dépassées.

Ainsi, d'une part, la femme, en se mariant, acquérait toujours une hypothèque sur les biens de son mari; mais cette hypothèque n'était pas nécessairement l'hypothèque *tacite* ou légale dont nous nous occupons ici. Cette hypothèque, qui, dans les principes du droit romain, était attribuée à la femme d'une manière générale, soit que la réception de la dot eût été constatée par écrit, soit que la dot eût été donnée ou promise sans écrit (*L. uni. De uxor. act.*, § 1), n'était acquise à la femme, dans notre ancien droit coutumier, que lorsqu'elle se mariait sans contrat, ou plutôt sans qu'un acte *devant notaire* constatât les conditions civiles du mariage. C'était là une conséquence nécessaire de nos anciens principes en ce qui concerne la création de l'hypothèque. Bien différente de notre droit actuel, comme nous le verrons sous les art. 2127 et 2129, l'ancienne jurisprudence avait admis que les actes reçus par un notaire compétent, et revêtus de toutes les formes qui leur étaient propres, produisaient une hypothèque sur tous les biens présents et à venir des personnes qui y avaient été parties pour toutes les obligations qu'elles y avaient contractées, et que ces actes produisaient hypothèque générale, non-seulement lorsqu'elle y était expressément stipulée, mais quand même il n'y en avait aucune mention, la convention d'hypothèque y étant toujours sous-entendue (2). Il s'induisait nécessairement de là que lorsque la célébration du mariage était accompagnée d'un acte par-devant notaire constatant les conditions civiles du mariage, la femme obtenait de cet acte même l'hypothèque dont elle avait besoin pour la garantie de ses droits et créances vis-à-vis de son mari, en sorte que, les principes généraux venant à son aide, les règles spéciales à l'hypothèque tacite n'avaient plus à être appliquées. Par où l'on voit que l'hypothèque tacite ou légale au profit de la femme n'avait réellement de raison d'être que lorsque le mariage avait lieu sans un contrat susceptible de produire une hypothèque dans les termes du droit commun. Et c'est ce que Pothier indique suffisamment quand il dit : « La loi seule, en certains cas, donne une hypothèque au créancier sur les biens du débiteur, *quoique l'obligation du débiteur ne soit portée par aucun acte devant notaire,* ni qu'il soit intervenu aucun jugement de condamnation contre lui. Cette hypothèque est appelée *tacite, parce que la loi seule la produit sans aucun titre*. Telle est l'hypothèque que la loi donne à la femme, sur les biens de son mari, du jour de la célébra-

(1) Nous disons *presque partout*, parce qu'il faut excepter quelques provinces dans lesquelles la règle générale fut de n'admettre aucunes hypothèques tacites, sauf le privilége du prince. *Voy.*, à cet égard, le Répertoire de Merlin (vº Nantissement, § 2, art. 5, nº 3).

(2) *Voy.* Pothier (*De l'Hyp.*, nº 10).

tion de son mariage, pour la restitution de sa dot, LORSQU'IL N'Y A POINT DE CONTRAT (1). »

D'un autre côté, et indépendamment de cette modification au principe du droit romain, laquelle, comme on le verra plus tard, a son importance au point de vue du rang et de la date à donner à l'hypothèque légale de la femme, l'ancienne jurisprudence française en avait admis une autre consistant en ce que partout, sauf dans le ressort du parlement de Toulouse (2), l'hypothèque attribuée à la femme, soit par son contrat de mariage, soit par la loi seule, quand il n'y avait pas eu de contrat, était pure de ce vice de rétroactivité que lui avait imprimée la loi *Assiduis :* l'hypothèque ne s'établissait au profit de la femme que sous la réserve des droits acquis antérieurement aux créanciers hypothécaires de son mari.

Notre droit moderne a suivi ces données en les combinant aussi avec les principes nouveaux sur lesquels il a édifié le régime hypothécaire. A la vérité, l'hypothèque légale a disparu pour un temps de la législation; la loi du 9 messidor an 3 avait dit, en effet, dans son art. 17 : « *Nulle obligation ou titre de créance* ne peut conférer hypothèque, s'il n'est fait par acte public de la juridiction volontaire ou contentieuse, ou si, étant par écrit privé, il n'a été reconnu par acte ou jugement public : *en conséquence, il n'y a plus d'hypothèque tacite.* » Mais ce temps a été de courte durée; et après cette loi, dont, au surplus, les dispositions fondamentales ne furent jamais mises à exécution, la loi du 11 brumaire an 7 s'est rattachée aux traditions en rétablissant les hypothèques légales. Elle a dit, en thèse générale, que l'hypothèque existerait « pour les créances auxquelles *la loi donne le droit hypothécaire* (art. 3); » et puis, en particulier, « *quant aux hypothèques que les femmes ont droit d'exercer sur les biens de leurs maris,* » elle a dit que ces hypothèques frapperaient sur tous les biens appartenant actuellement au débiteur, et qu'elles pourraient frapper sur les biens qui lui écherraient ou qu'il acquerrait par la suite (art. 4). Seulement, comme cette loi faisait de la publicité des charges hypothécaires la règle générale et absolue, elle voulut que l'hypothèque légale, comme toutes les autres, n'eût d'effet que par l'inscription. Par là, elle rejeta aussi, comme notre ancienne jurisprudence, mais virtuellement, les prérogatives si exagérées que la loi *Assiduis* avait attachées à l'hypothèque tacite des femmes; et, en même temps, elle s'écarta de cette ancienne jurisprudence, en ce qu'elle voulut que l'hypothèque de la femme, au lieu de s'attacher au fait du mariage ou à un acte notarié constatant les conventions civiles des époux, n'existât plus qu'à la condition de se rendre publique par une inscription, et existât seulement à la date de cette inscription.

Le Code Napoléon, qui s'est ensuite substitué à cette loi de l'an 7, a, lui aussi, suivi la tradition, qu'il a continuée en maintenant en prin-

---

(1) *Voy.* Pothier (*loc. cit.*, n° 26, et *Introd. à la Cout. d'Orléans*, tit. 20, n° 18).

(2) Et non point dans le ressort de Paris, comme M. Persil l'a dit à tort dans son commentaire de l'art. 2121 (n° 2, à la note).

cipe l'hypothèque légale de la femme mariée. Mais sur quels points de détail s'est-il conformé à cette tradition? Sur quels points s'en est-il écarté? C'est ce que nous verrons dans le commentaire tant de notre article que des art. 2122 et 2135.

427. Et d'abord, l'hypothèque légale de la femme, dans les principes du Code Napoléon, est invariablement attachée au fait du mariage. Il suffit que le mariage existe pour que l'hypothèque légale de la femme en résulte nécessairement. Il faut, d'ailleurs, cela est bien entendu, que le fait soit reconnu et consacré par le droit; en d'autres termes, il faut que le mariage soit valable, et, tout au moins, susceptible de produire ses effets civils en faveur de la femme. Evidemment, si le mariage était nul et, en outre, si la femme n'avait pas été, en se mariant, dans des conditions de bonne foi qui, par application de l'art. 202 du Code Napoléon, feraient produire à ce mariage, quoique nul, tous les effets civils en sa faveur, l'hypothèque légale n'en pourrait résulter à aucun titre, pas plus qu'on n'en pourrait faire découler aucun autre droit civil. En ce sens seulement il est vrai de dire que, dans les principes du Code Napoléon, l'hypothèque légale de la femme *est attachée au fait du mariage*.

428. Et puisque l'hypothèque s'attache au fait du mariage, on ne peut plus distinguer, comme sous notre ancienne jurisprudence, entre le cas où le mariage a été précédé d'un acte qui en a réglé les conditions civiles, et celui où le mariage a eu lieu sans contrat. C'est le fait du mariage qui crée la position en raison de laquelle la femme a besoin, vis-à-vis de son mari, de garanties spéciales qu'elle n'est pas ordinairement en mesure de s'assurer par elle-même; et comme l'acte notarié, nous le verrons en expliquant les art. 2127 et 2129, ne produit plus aujourd'hui l'hypothèque, indépendamment de toute stipulation, il s'ensuit que l'hypothèque légale a sa raison d'être dans le cas où la célébration du mariage a été précédée d'un acte civil, non moins que dans le cas où les époux se sont mariés sans contrat.

429. Y a-t-il eu contrat constatant les conditions civiles du mariage, l'hypothèque découle du mariage, quelles que soient les stipulations contenues au contrat. Mariée en communauté ou sous le régime dotal, la femme a droit à l'hypothèque; fût-elle même mariée avec séparation de biens, elle n'y aurait pas moins droit. La prétention contraire, portée devant la Cour de Colmar, y a été très-justement rejetée (1).

430. De même que l'hypothèque, lorsqu'il y a eu contrat, résulte du fait du mariage, sans qu'il y ait à tenir compte des conventions constatées; de même, soit qu'il y ait eu, soit qu'il n'y ait pas eu contrat, elle s'attache au fait du mariage, sans qu'il y ait à tenir compte des circonstances dans lesquelles le mariage a été célébré. Sur quelques points, ceci a été contesté; on s'est élevé contre la solution, notamment dans le cas d'un mariage célébré dans les dix jours précédant la faillite du mari, et on la conteste encore aujourd'hui, et très-gravement, dans le

(1) Colmar, 19 août 1834.

cas d'un mariage contracté en pays étranger. Nous tenons, néanmoins, que, dans l'un et l'autre cas, l'hypothèque légale résulte, au profit de la femme, du fait de son mariage.

431. Et d'abord, quant au premier cas, celui du mariage célébré dans les dix jours qui ont précédé la faillite du mari, notre solution est désormais à l'abri de toute controverse. L'art. 443 du Code de commerce, tel qu'il était rédigé avant la loi du 28 mai 1838, modificative du titre des faillites, pouvait, à la rigueur, laisser quelques doutes là-dessus. Cet article exprimait que « nul ne *peut acquérir* privilége ni hypothèque sur les biens du failli, dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite; » et, en présence de cet article, quelques auteurs avaient cru pouvoir soutenir que le mariage étant le résultat d'un fait volontaire, il était vrai de dire que la femme *aurait acquis* une hypothèque contre la prohibition de la loi, si l'hypothèque lui eût été accordée comme effet d'un mariage qui n'aurait pas précédé de plus de dix jours la date à laquelle l'ouverture de la faillite viendrait à être fixée (1). C'était là, il faut le reconnaître, même sous l'ancienne loi des faillites, une induction péniblement tirée du texte. Il est évident que ce que l'art. 443 prohibait, ce n'était pas précisément le *fait volontaire*, même quand une hypothèque en pouvait résulter, mais le fait *ayant pour objet direct l'acquisition de l'hypothèque*. Et n'était-ce pas bien exagérer les choses qu'envisager la célébration du mariage à l'égal d'un fait de cette nature? Que l'hypothèque fût, comme elle l'est toujours, une conséquence du mariage, cela est évident; mais que le mariage fût célébré en vue de cette hypothèque, c'est ce qui ne pouvait pas être raisonnablement supposé; et c'en était assez pour que la formule prohibitive, « *nul ne peut acquérir,* » ne dût pas être opposée à la femme qui, en se mariant, recevait une hypothèque de la faveur de la loi. Telle était, d'ailleurs, l'opinion dominante (2). Quoi qu'il en soit, ceci ne peut plus être mis en question en présence des modifications faites aux dispositions de l'ancien Code de commerce par la loi du 28 mai 1838 sur les faillites. L'art. 446, dans lequel l'ancien art. 443 est compris aujourd'hui, dit, entre autres choses : « Sont nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses payements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque... toute hypothèque *conventionnelle* ou *judiciaire*, et tous droits d'antichrèse ou de nantissement, constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées. » Par là se trouve consacrée législativement l'opinion qui avait déjà prévalu sous l'ancienne loi : car,

(1) *Voy.* MM. Pardessus (n° 1135), Dalloz (*Rép.*, v° Hyp. et Priv., ch. 2, sect. 5, art. 2, n° 5).

(2) *Sic* Grenoble, 8 juill. 1822. — *Voy.* aussi MM. Zachariæ (t. II, p. 120 et note 19), Troplong (n° 655), Valette (n° 138, *in fine*). — M. Martou ne se prononce en sens contraire que parce que, dans le système de la loi belge, dont il fait le commentaire, l'hypothèque légale n'existe plus par la seule volonté de la loi, soumise qu'elle a été à la publicité comme condition d'existence. (*Voy.* 1045 *bis*.)

dès que le texte précise nettement et se borne à déclarer nulles seulement les hypothèques *conventionnelles* et *judiciaires* constituées depuis la cessation des payements ou dans les dix jours qui ont précédé *pour dettes antérieurement contractées,* il place par cela même l'hypothèque *légale* dans l'exception, et reconnaît que la faillite du mari peut éclater dans les dix jours de la célébration du mariage, sans que l'hypothèque attribuée par la loi à la femme cesse, pour cela, d'être une conséquence, un effet civil du mariage.

Ce n'est pas à dire que, sous certains rapports, la faillite du mari ne doive pas faire subir à l'hypothèque de la femme de très-notables restrictions; mais cela ne touche pas à la question qui nous occupe, nous aurons à y revenir tout à l'heure (*voy.* n[os] 442 et suiv., et le commentaire de l'art. 2122); et, quant à présent, nous avons seulement ceci à préciser, sur le premier des deux cas indiqués, que les hypothèques *conventionnelles* et *judiciaires* seules étant déclarées nulles et de nul effet par la loi commerciale, quand elles sont constituées ou acquises depuis la cessation des payements ou dans les dix jours qui ont précédé, l'hypothèque *légale* reste dans les termes du droit commun.

432. Le second cas, celui d'un mariage contracté en pays étranger, peut présenter des difficultés bien autrement sérieuses, nous le reconnaissons. Toutefois il y a, même dans ce cas, des situations qu'il faut considérer désormais comme définitivement réglées et sur lesquelles la controverse ne saurait plus s'établir.

Ainsi, nous supposons un mariage célébré à l'étranger entre Français, ou même entre un Français et une étrangère (ce qui revient au même, puisque la femme étrangère acquiert la qualité de Française par son mariage avec un Français) : dans cette situation, la question de savoir si le mariage produit ou non l'hypothèque légale au profit de la femme ne peut pas même être posée. Puisque, dans les principes de la loi française, l'hypothèque légale est un effet civil, une conséquence nécessaire du mariage, il importe peu que ce mariage, dès que l'existence en est certaine et non contestée, ait eu lieu en France ou en pays étranger. En définitive, ce sont des Français qui se sont mariés; la femme pourra donc invoquer le bénéfice de la loi française quant aux effets du mariage, par conséquent quant à son hypothèque légale, qui est précisément l'un de ces effets. Ceci, encore une fois, ne peut pas être mis et n'a jamais été mis en question.

Ce qui, dans cette situation, a fait naître quelques doutes, c'est de savoir si, par elle-même, l'hypothèque produit ses effets en France vis-à-vis des tiers, et indépendamment de la transcription en France de l'acte de mariage prescrite par l'art. 171 du Code Napoléon pour ce cas de mariage contracté par un Français à l'étranger. Sur ce point, la Cour de cassation s'était d'abord prononcée pour la négative; elle avait décidé, en rejetant un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Montpellier, que la femme étrangère mariée en pays étranger avec un Français, bien qu'elle ait une hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en France, pour sûreté de sa dot, ne peut cependant exercer son hypo-

thèque contre les tiers qu'autant que l'acte de mariage a été transcrit en France, conformément aux dispositions de l'art. 171 du Code Napoléon (1). Toutefois la Cour de cassation n'a pas persisté; et dès que la question lui a été soumise à nouveau, elle a jugé, au contraire, que la disposition de l'art. 171 est purement réglementaire, et que même quand elle n'a pas été observée, la femme mariée à l'étranger avec un Français peut exercer l'hypothèque légale résultant de son mariage (2). C'est à ce dernier parti que se sont arrêtés et la jurisprudence et les auteurs; ils ont considéré que l'art. 171, en prescrivant une mesure dont le caractère est essentiellement réglementaire, n'établit pas de sanction, et notamment ne prononce ni nullité ni déchéance; que l'hypothèque légale étant inhérente au fait seul du mariage, il faut, tant qu'on n'annule pas le mariage, respecter, sous peine de contradiction, l'hypothèque qui en est la conséquence; et que faire dépendre l'hypothèque légale de l'accomplissement de la formalité prescrite par l'art. 171, ce serait remettre à la discrétion du mari une garantie qui est dirigée précisément contre lui, et, par conséquent, rendre illusoire pour la femme le bénéfice de l'hypothèque légale (3). Tout cela nous paraît décisif: il ne faut pas hésiter à admettre une solution qui s'appuie sur d'aussi sérieuses considérations.

438. Mais une autre hypothèse, celle-ci vraiment délicate, peut se produire dans ce cas de mariage contracté à l'étranger : il peut arriver qu'un étranger qui se marie dans son pays, soit avec une étrangère, soit même avec une Française (ce qui ne change pas la situation, puisque la femme française perd sa qualité de Française par son mariage avec un étranger), possède des immeubles en France. L'hypothèque légale que la loi fait résulter du fait seul du mariage devra-t-elle être attribuée à la femme dans ce cas? Et la femme pourra-t-elle exercer cette hypothèque sur les immeubles situés en France contre les tiers qui y auraient acquis des droits? Sur ce point, la doctrine et la jurisprudence présentent des divergences notables et des systèmes très-variés.

Deux opinions tranchées se sont d'abord trouvées en présence. D'une part, on a soutenu qu'il n'y a pas de différence, quant à l'hypothèque, entre le Français et l'étranger qui possèdent des immeubles en France, et, en conséquence, que la femme de l'étranger peut revendiquer, pour l'exercice de son hypothèque légale sur des immeubles français appartenant à son mari étranger, le bénéfice de la loi française (4). D'une

(1) Rej., 6 janv. 1824. — *Voy.* aussi MM. Duranton (t. XX, n° 21), Zachariæ (t. II, p. 125, note 15). — On cite, dans le même sens, un arrêt de la Cour de Montpellier du 3 juin 1830. Toutefois il faut remarquer que, dans l'espèce, la femme était divorcée et avait fait transcrire son acte de divorce sur les registres de l'état civil en France. Cela fut regardé par l'arrêt comme un équivalent de la mesure prescrite par l'art. 171 du Code Napoléon.

(2) Rej., 23 nov. 1840 (Dev., 40, 1, 929; *J. P.*, 1840, t. II, p. 644).

(3) Ce sont les termes d'un arrêt de la Cour de Douai du 25 août 1851 (*J. P.*, 1852, t. II, p. 454). — *Junge:* Bordeaux, 31 août 1837. — *Voy.* aussi MM. Battur (n° 304), Dalloz (p. 133, n° 3), Tessier (t. II, n° 123), Troplong (n° 513 *bis*).

(4) *Voy.*, en ce sens, Grenoble, 19 juill. 1849 (*J. P.*, 1850, t. II, p. 233). *Voy.* aussi

autre part, on a dit, au contraire, et c'est l'opinion qui a prévalu longtemps en doctrine et en jurisprudence, que l'hypothèque légale doit être refusée à la femme étrangère, parce que l'hypothèque est une concession du droit civil qui n'a été introduite qu'en faveur des régnicoles, et qui, par suite, ne peut profiter aux femmes étrangères, au profit desquelles la loi civile ne peut pas avoir voulu disposer (1).

Ensuite, deux autres systèmes se sont introduits, tous deux intermédiaires. D'après l'un de ces systèmes, les mariages passés à l'étranger et sous l'empire d'une loi étrangère, devraient produire, même en France, tous les effets qui leur sont attribués par la loi étrangère, lorsque, d'ailleurs, ces effets ne sont pas contraires à l'ordre public établi en France : d'où suivrait que la femme étrangère à qui sa loi nationale accorde une hypothèque sur les biens de son mari pourrait exercer cette hypothèque même sur les immeubles situés en France; et, au contraire, que la femme étrangère n'aurait aucun droit à exercer sur les immeubles de son mari situés en France, si sa loi nationale ne consacre pas en sa faveur la garantie de l'hypothèque (2). Le second système intermédiaire découle du principe de réciprocité consacré par l'art. 11 du Code Napoléon, et, en conséquence, revient à dire que le mariage contracté à l'étranger entre deux étrangers ne confère à la femme une hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France qu'autant qu'un traité diplomatique entre la France et le pays auquel les époux appartiennent accorde à la femme française une hypothèque sur les biens de son mari situés dans ce pays. C'est même vers ce dernier système que tendent les dernières données de la jurisprudence. Il a été consacré, en principe, par un arrêt récent de la Cour de Metz (3), et il a reçu son application dans deux arrêts plus récents encore de la Cour de Grenoble, d'après lesquels la femme sarde, mariée en Sardaigne, a, en vertu du traité intervenu le 24 mars 1760 entre le roi de France et le roi de Sardaigne, une hypothèque légale sur les immeubles que son mari sarde possède en France, pour sûreté de ses reprises et créances matrimoniales (4).

Quant à nous, nous avons été d'avis qu'entre ces quatre opinions, la

---

MM. Merlin (*Rép.*, v° Remploi, § 2, n° 9), Troplong (n° 420 et 513 *ter*). — M. Tessier admet également l'hypothèque, mais seulement dans le cas où le mariage de la femme étrangère a eu lieu en France (*De la Dot*, t. II, n° 133).

(1) *Sic* Liége, 16 mai 1823; Bordeaux, 17 mars 1834; Amiens, 18 août 1834; Douai, 24 juin 1844; Bordeaux, 14 juill. 1845; Rennes, 30 août 1845 (*J. P.*, 1844, t. II, p. 491; 1845, t. II, p. 441; 1846, t. II, p. 676). — *Voy.* aussi MM. Grenier (n°ˢ 246 et 247), Duranton (t. XIX, n° 292), Battur (t. II, n° 351), Zachariæ et ses annotateurs Aubry et Rau (t. II, p. 125 et note 15), Massé (*Droit comm.*, t. II, n° 332), Gaudry (*Rev. de législ.*, t. II, p. 300 et suiv.), Fœlix (*Rev. étrang. et franç.*, t. IX, p. 25, et *Tr. du dr. intern. priv.*, t. I, p. 136).

(2) *Voy.* Paris, 19 août 1851 (*J. P.*, 1852, t. II, p. 452). *Voy.* aussi MM. Cubain (*Dr. des femm.*, n° 679), Rapetti (*Cond. des étr.*, p. 121), Valette (n° 139, p. 267 et suiv.), Demangeat (*Cond. civ. des étr. en France*, p. 380, n° 82, et notes sur le *Dr. int.* de Fœlix, t. I, p. 136, note *a*).

(3) Metz, 6 juill. 1853 (*J. P.*, 1855, t. I, p. 323).

(4) Grenoble, 29 mars et 27 août 1855 (*J. P.*, 1856, t. II, p. 618).

première est seule vraie (1). Après un nouvel examen de la question, notre opinion reste la même. Nous persistons à penser que quand le mariage, qui est le fait d'où découle l'hypothèque légale, a acquis en France, quoiqu'il ait été contracté à l'étranger, une notoriété complète, cette sûreté de l'hypothèque légale doit en résulter tout comme si le mariage avait été contracté en France et entre Français. D'abord, nous l'avons dit, la femme étrangère n'est pas moins que la femme française, vis-à-vis de son mari, dans les conditions de dépendance qui sont la raison même de l'hypothèque légale; et, sous ce rapport déjà, on ne voit pas pourquoi la loi française refuserait sa protection à la femme étrangère dont le mari possède des immeubles en France, et dans quel esprit d'hostilité et d'égoïsme elle interdirait à cette femme le droit d'agir sur ces immeubles pour la réparation du dommage qu'aurait pu lui causer l'administration maritale que son état de soumission ne lui a pas permis de contrôler. Ensuite, et en droit, la prétention de la femme étrangère ne se défend-elle pas par des motifs raisonnables? En définitive, c'est un principe de notre droit public que les immeubles situés en France, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française (Code Napoléon, art. 3); ils sont donc soumis à toutes les charges que la loi française fait peser sur eux. Or l'hypothèque que la loi établit en faveur de la femme, et qu'elle rattache au seul fait du mariage, est précisément l'une de ces charges. Pourquoi donc les immeubles qu'un étranger possède en France en seraient-ils affranchis au préjudice de sa femme étrangère? Dira-t-on que l'hypothèque, étant un effet du droit civil, ne protége que les régnicoles? Ce serait une erreur évidente; car si les formalités édictées pour l'inscription utile des hypothèques, si le mode à suivre pour mettre en jeu l'exercice du droit, sont une création du droit civil, néanmoins personne ne s'est avisé de contester aux étrangers ni le droit à l'hypothèque conventionnelle, ni le droit à l'hypothèque judiciaire. On s'attache alors au principe même de l'hypothèque, à ce principe d'éternelle justice d'après lequel chacun est tenu de remplir ses engagements sur ses biens, et l'on voit dans l'hypothèque des immeubles quelque chose qui, aussi bien que les conventions, touche au droit des gens et aux sûretés promises sur les immeubles situés en France à ceux qui, étrangers ou régnicoles, puisque aucun texte ne distingue, se trouveront dans les conditions qui font acquérir l'hypothèque en France; or il faut, certes, en dire autant de l'hypothèque légale que de l'hypothèque conventionnelle ou judiciaire, puisqu'elle existe sur les biens de l'obligé par la seule force de la loi française et par le seul fait de la qualité de tuteur ou de mari qui appartient à cet obligé, laquelle, à coup sûr, est du droit des gens, en même temps que les biens de France sont affectés à cause de cette qualité par la loi civile de France. Donc, si c'est un étranger possédant des immeubles en France qui soit investi de l'une de ces qualités de mari ou de tu-

(1) *Voy.* le *Traité du Contrat de Mariage* que nous avons publié en collaboration avec M. Rodière (t. I, n° 174).



teur, il faut bien que ces immeubles, puisqu'ils ne peuvent être possédés par l'étranger que sous la condition *sine quâ non* d'être régis par la loi française, subissent l'application des dispositions de la loi française qui assure à la femme et aux mineurs une hypothèque sur les immeubles de leur débiteur, et à l'instant même de l'acquisition.

Qu'il nous soit donc permis de maintenir ici l'opinion que nous avons déjà soutenue, et de nous en autoriser pour répéter, en terminant nos observations sur la cause de l'hypothèque, ce que nous avons dit au point de départ, à savoir : que l'hypothèque légale résulte, au profit de la femme, du fait seul du mariage, sans qu'il y ait à tenir compte des circonstances dans lesquelles le mariage a été contracté.

III. — 434. Après ces explications sur le principe même de l'hypothèque légale attribuée à la femme, nous avons à indiquer les droits que cette hypothèque a pour objet de garantir.

La règle à cet égard est posée encore dans notre article, qui, sans rien préciser ni énumérer, dispose de la manière la plus générale que l'hypothèque légale est attribuée *aux droits et créances* des femmes mariées sur les biens de leur mari. Nous trouverons bien ensuite une énumération dans l'art. 2135 qui nous parle de la dot des femmes et de leurs conventions matrimoniales, des sommes dotales provenant de successions échues ou de donations faites pendant le mariage, d'indemnités des dettes contractées par la femme avec son mari, et du remploi des propres aliénés; mais il ne faudrait pas dire, comme on l'a prétendu quelquefois, que telles ou telles autres créances, parce qu'elles ne sont pas comprises dans l'énumération, sont destituées de l'hypothèque légale : ce serait méconnaître la portée de notre article et se méprendre sur l'objet précis de l'art. 2135. Sans anticiper sur des observations qui trouveront leur place dans la quatrième section de ce chapitre, il est bon de faire remarquer dès à présent que l'art. 2135 a eu pour objet uniquement, comme l'indique d'ailleurs la place qu'il occupe dans le Code, de fixer le rang de certaines créances de la femme, ou plutôt de déterminer l'époque à laquelle doit remonter l'hypothèque légale attribuée à chacune de ces créances. Dans la première pensée des rédacteurs de la loi, il ne devait y avoir sous ce rapport aucune différence à faire entre la dot, les conventions matrimoniales et les reprises de la femme : l'hypothèque légale à raison de tous ces droits, qui embrassent dans leur ensemble les répétitions que la femme peut avoir à exercer contre son mari, était présentée comme devant remonter à une époque commune, qui était le jour du mariage (1). Mais il parut au Tribunat qu'il y aurait un grand inconvénient à laisser subsister, d'une manière aussi indéfinie que le faisait l'article du projet, l'hypothèque légale des femmes sur les biens des maris. En conséquence, le Tribunat proposa des modifications. Il admit le jour du mariage comme point de départ de l'hypothèque à raison de la dot et des conventions matrimoniales; mais à l'égard des reprises pour d'autres causes, il pensa qu'il y avait lieu

(1) *Voy.* Fenet (t. XV, p. 163 et 401), Locré (t. XVI, p. 257).

d'établir certaines distinctions (1). De là l'énumération de l'art. 2135. Mais par là aussi on voit que l'objet de cet article a été, non point de donner ou de refuser l'hypothèque à telle ou telle créance, mais de fixer le rang de l'hypothèque pour certaines créances spécialement prévues. Ainsi l'art. 2135, tout-puissant lorsqu'il s'agit d'assigner le rang de l'hypothèque attribuée aux créances qu'il énumère, ne doit pas être pris pour règle dès qu'il s'agit de se prononcer sur l'existence même de l'hypothèque et sur le droit que la femme peut avoir à y prétendre. Sur ce dernier point, la règle, encore une fois, est exclusivement dans notre article. Et comme cet article exprime de la manière la plus générale que l'hypothèque est attribuée *aux droits et créances* de la femme, il s'ensuit qu'en thèse générale toutes les créances que la femme, en sa qualité d'épouse, peut avoir sur son mari sont garanties par l'hypothèque légale, quels que soient le titre, la cause, l'origine de ces créances, et soit qu'elles rentrent, soit qu'elles ne rentrent pas dans l'énumération de l'art. 2135. — Telle est la règle; il en faut suivre les applications.

435. En première ligne vient la *dot*, c'est-à-dire le bien qui, soit dans le régime dotal, soit même dans le régime de la communauté, est apporté par la femme au mari pour supporter les charges du mariage (Code Napoléon, art. 1540) : la dot, assurément, est garantie par l'hypothèque légale sous quelque régime que la femme soit mariée.

On a soutenu cependant, au sujet de la dot immobilière de la femme mariée sous le régime dotal, que, dans le cas où elle aurait été indûment aliénée, la femme n'a pas, à raison du prix, une hypothèque légale sur les biens de son mari; qu'elle a seulement l'action révocatoire accordée par l'art. 1560 contre les tiers acquéreurs (2). Mais cette théorie, contre laquelle s'est élevé M. Rodière dans le Traité du *Contrat de Mariage* que nous avons publié avec lui (3), a été repoussée par la majorité des auteurs et des arrêts (4). Nous ne pouvons que nous associer ici aux observations de notre collaborateur : nous ne voyons pas, quand la loi offre à la femme, après la dissolution du mariage, deux actions à raison de l'aliénation indûment faite de son immeuble dotal, l'une en résolution de la vente, l'autre en collocation sur les biens personnels du mari, pourquoi ni sous quel prétexte il serait interdit à la femme d'opter pour celle-ci. Ajoutons, d'ailleurs, que la Cour de cassation, qui a été constamment de cet avis, vient, en consacrant de nouveau le système, d'en

---

(1) *Voy.* Fenet (*ibid.*, p. 415), Locré (*ibid.*, p. 317).

(2) *Voy.* Grenoble, 8 mars et 31 août 1827, 7 avril 1840; Poitiers, 14 décembre 1830; Montpellier, 7 janv. 1831; Caen, 11 janv. 1831 et 5 déc. 1836. — *Voy.* aussi MM. Grenier (t. I, p. 260), Bellot (t. IV, p. 164), Taulier (t. V, p. 338), Sériziat (*De la Dot*, n° 194), Benoît (t. I, n° 261).

(3) *Voy.* notre *Traité du Contrat de Mariage* (t. II, n° 586).

(4) Cour de cass., 24 juill. 1821, 27 juill. 1826, 28 nov. 1838, 3 mai et 21 déc. 1853, 2 mai 1855 (Dall., 53, 1, 107; 54, 1, 5; Dev., 55, 1, 420). — *Voy.* aussi Rouen, 28 mai 1823; Aix, 1er fév. 1826; Bordeaux, 28 mai 1830; Pau, 31 déc. 1834; Grenoble, 10 août 1822 et 17 déc. 1835. — *Junge :* MM. Merlin (*Quest.*, v° Remploi, § 9), Troplong (n°s 612 et suiv.), Zachariæ (t. III, p. 579), Tessier (t. II, p. 62), Coulon (t. II, p. 324).

étendre l'application au cas où le prix des biens dotaux indûment aliénés serait encore dû (1) : et en effet, la conséquence est nécessaire; car si la circonstance que le prix n'a pas été payé par les acquéreurs pouvait, en ceci, avoir quelque influence, il dépendrait du mari de paralyser et de réduire à rien les droits de la femme en accordant des délais aux acquéreurs.

Mais, notons-le bien, la dot ou l'apport de la femme, c'est-à-dire le bien qui est mis dans le ménage avec la destination de pourvoir à ses besoins, n'est garanti par l'hypothèque légale qu'autant que cet apport constitue la femme créancière de son mari. C'est seulement alors qu'il y a, entre le mari et la femme, l'opposition d'intérêts dans laquelle l'hypothèque légale puise sa raison d'être. L'existence d'une créance au profit de la femme est donc la condition nécessaire de son hypothèque; cela manquant, l'hypothèque serait sans cause, et l'on ne concevrait pas comment les biens du mari pourraient être grevés.

Par exemple, supposons que des époux sont mariés sous le régime de la communauté. Dans ce cas, le mari, administrateur des divers patrimoines que le régime de la communauté place sous sa main, administre, pour le compte de sa femme, seulement les valeurs qui, bien qu'apportées par elle, lui restent propres; il administre, pour la communauté et dans l'intérêt commun, celles qui du chef de la femme entrent dans l'actif de la société conjugale et en font partie pour être partagées à la dissolution de la communauté. Cela étant, la femme ne peut être créancière de son mari qu'à raison des apports de la première catégorie; quant à ceux de la seconde, ils sont absorbés dans le fonds commun, et, sauf le droit qu'aura la femme d'y prendre sa part, à la dissolution, si l'état prospère de la communauté la détermine à opter pour l'acceptation, elle n'a rien à prétendre. Si donc une hypothèque peut lui être attribuée à raison de ses apports, ce ne peut être qu'à raison des premiers qui lui restent propres; quant aux autres, comme ils ne peuvent être prélevés à titre de reprises, l'hypothèque légale ne les couvre pas : et, en cas de partage de la communauté, les droits de la femme sont spécialement réglés par les art. 1467 et 1476 du Code Napoléon, desquels il résulte que la femme est assimilée, pour la conservation de sa part dans la communauté, aux cohéritiers ou copartageants; elle a donc, pour garantie de cette part, non point une hypothèque légale dans les termes de l'art. 2121, une hypothèque dispensée d'inscription, mais, comme on l'a vu plus haut (n° 200), un privilége de copartageant dans les termes de l'art. 2103, et dont la conservation est subordonnée, par conséquent, à une inscription faite dans les termes de l'art. 2109 (2).

436. Il faut placer au même rang que la dot les intérêts qui en sont l'accessoire. Cela ne saurait faire difficulté. Mais dans quelle mesure les

(1) C'est l'arrêt du 2 mai 1855, cité à la note précédente (Dev., 55, 1, 420).

(2) *Voy.* Paris, 3 déc. 1836 (Dev., 37, 2, 273). — Le pourvoi dirigé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation, le 15 juin 1842 (Dev., 42, 1, 631). — *Voy.* encore, dans ce sens, Cass., 9 janv. 1855 (Dall., 55, 1, 28; Dev., 55, 1, 125; *J. P.*, 1856, t. I, p. 305).

intérêts sont-ils assurés par l'hypothèque? Dans une espèce où la question était soulevée, on a prétendu qu'il faut ici prendre pour règle l'art. 2151, d'après lequel le créancier inscrit pour un capital produisant intérêt ou arrérage, a droit d'être colloqué pour deux années seulement, et pour l'année courante, au même rang d'hypothèque que pour son capital. (*Voy.* notre commentaire de cet article.) Mais la Cour de Bordeaux, devant laquelle la prétention était élevée, a justement décidé, en la rejetant, que la restriction faite par l'art. 2151, à propos d'une *créance inscrite*, n'est pas applicable aux hypothèques légales, qui existent indépendamment de toute inscription, et que les intérêts de la dot courant de plein droit, ainsi que les fruits, depuis le jour de la dissolution du mariage, il est juste de leur attribuer, comme accessoires, les mêmes sûretés qu'à la dot elle-même (1). La Cour de cassation a même étendu le bénéfice de l'hypothèque légale aux aliments que la femme peut, aux termes de l'art. 1570, se faire fournir, au lieu des intérêts de la dot, pendant l'an du deuil (2).

Du reste, on ne peut pas dire de l'intérêt des intérêts ce que nous disons, avec la jurisprudence, des intérêts ordinaires. Il est bien certain que les intérêts échus forment pour le créancier un capital qui peut produire des intérêts; mais cet intérêt de l'intérêt ne court pas de plein droit; la loi nous dit, en effet, que les intérêts échus des capitaux ne peuvent produire intérêt que par une demande judiciaire ou par une convention spéciale, (Code Napoléon, art. 1154.) Ce sont les deux seules exceptions possibles, et l'on ne saurait en admettre une troisième en faveur des créances dont l'intérêt court de plein droit; d'où suit que si l'hypothèque légale attribuée à la femme garantit avec la dot les intérêts de cette dot, elle ne garantit pas du moins les intérêts des intérêts. La Cour de Riom s'est prononcée en ce sens, par ce motif, entre autres, « que si la demande des intérêts capitalisés prend son origine dans la constitution de dot, il est vrai de dire pourtant que ces intérêts d'intérêts capitalisés ne s'incorporent pas à la dot par la seule force de la loi comme les intérêts ordinaires; que, par cela même, on ne peut les considérer comme constituant des accessoires nécessaires de la dot; et qu'ils sont le fondement d'une action qui, admise par le juge, constitue une créance nouvelle prenant rang à dater de l'inscription faite pour sa conservation. » Et le pourvoi dirigé contre cet arrêt a été justement rejeté (3).

437. Après la dot et les intérêts de la dot, vient la créance résultant, pour la femme, de ses conventions matrimoniales. L'hypothèque est attribuée aussi à cette créance; c'est incontestable, puisque les conventions matrimoniales sont l'objet d'une mention expresse dans l'art. 2135, qui les place sur la même ligne que la dot, pour leur assigner le même rang

(1) Bordeaux, 10 août 1840 (*J. P.*, 1850, t. II, p. 153). — *Voy.* aussi Bourges, 23 mai 1820; Riom, 17 déc. 1846 (Dall., 48, 1, 170). — *Junge*: MM. Troplong (418 *ter*), Baudot (*Form. hyp.*, n° 805), Martou (n° 884).

(2) Cour de cass., 29 août 1838 (*J. P.*, 1838, t. II, p. 242).

(3) *Voy.* Req., 28 mars 1848 (*J. P.*, 1848, t. II, p. 300).



d'hypothèque. Ainsi, les conventions matrimoniales sont garanties par l'hypothèque légale. Et par conventions matrimoniales il faut entendre les dispositions du contrat de mariage par lesquelles il est assigné à la femme soit un préciput, soit un douaire, soit des gains de survie, etc., toutes les dispositions, en un mot, qui constituent la femme donataire par son contrat de mariage. Nous trouvons même un arrêt duquel il résulte que la stipulation du contrat de mariage qui accorde à la femme, en cas de survie, des habits de deuil, doit être regardée comme une convention matrimoniale garantie, aussi bien que les autres, par l'hypothèque légale, sauf le droit pour le juge de réduire la somme stipulée, eu égard à la fortune du mari et aux usages des lieux habités par la veuve (1). Nous avons fait remarquer plus haut (*voy.* n° 73) que le deuil, auquel la femme a droit dans tous les cas, en vertu des art. 1481 et 1570 du Code Napoléon, et même en l'absence de toute stipulation dans le contrat de mariage, est garanti, à notre avis, par un privilége général. Or ce privilége, qui embrasse la généralité des meubles, qui en outre s'étend subsidiairement aux immeubles sur lesquels il se conserve sans inscription (*voy.* art. 2107, et *suprà,* n°s 288 et 313), est de beaucoup supérieur à l'hypothèque. Nous pensons, d'ailleurs, que, pour avoir été stipulé dans le contrat de mariage, le deuil n'est pas destitué du privilége qui, selon nous, doit lui être attribué lorsqu'il n'y est prétendu qu'en vertu des dispositions de la loi; et dès lors nous tenons que, pour l'exécution de cette convention matrimoniale en particulier, la femme n'a pas besoin du secours de l'hypothèque légale.

438. Il faut aller plus loin : tout avantage fait à la femme par son mari dans leur contrat de mariage n'a pas nécessairement la garantie de l'hypothèque légale établie par notre article. Ici encore, s'il n'y a pas de créance, il ne saurait y avoir d'hypothèque : ainsi les conventions matrimoniales garanties par l'hypothèque s'entendront seulement des avantages matrimoniaux certains quant à leur existence, quoique éventuels et suspendus quant à l'exécution, des avantages *définitifs* et conférant, à l'instant même où ils sont stipulés, un droit acquis à la femme qui en est l'objet : ceux-là seuls, en effet, font naître une créance au profit de la femme. Par exemple, Joseph et Marie contractent mariage; le contrat contient une disposition en faveur de Marie de la part de Joseph; puis, au cours du mariage, Joseph vend des immeubles qui lui étaient propres à Pierre, qui ne remplit pas les formalités de la purge. Le mariage étant dissous par la mort de Joseph, Marie ne trouve pas dans la succession des valeurs suffisantes pour se remplir des avantages qui lui avaient été faits par son mari; elle forme en conséquence son action hypothécaire contre Pierre, détenteur des immeubles que Joseph a vendus. Le peut-elle? Oui, si le droit résultant de la donation faite en sa faveur par le contrat de mariage était un droit irrévocable, quoique soumis à la condition suspensive du prédécès de Joseph, donateur; car

(1) Riom, 20 juill. 1853 (*J. P.*, 1854, t. I, p. 532). — *Voy.* aussi Toulouse, 6 déc. 1824; Req., 29 août 1838.

alors Marie avait une créance conditionnelle à laquelle les aliénations faites par son mari n'ont pu préjudicier. Non, si l'avantage fait à Marie était, soit une donation de biens à venir, c'est-à-dire un avantage qui n'est pas seulement suspendu par une condition, mais encore qui est éventuel jusqu'à la mort du donateur; soit une institution contractuelle, c'est-à-dire un avantage qui, par sa nature même, n'a rien de définitif, qui confère une simple expectative. Dans ces cas, la femme n'était pas créancière, elle n'avait pas de droits acquis auxquels les aliénations faites par son mari aient préjudicié; elle ne peut donc pas invoquer le secours de son hypothèque légale et l'opposer aux tiers qui ont traité avec le mari. La distinction, d'ailleurs, est admise en principe par la jurisprudence (1); elle ne pouvait pas, en effet, être contestée. Mais la difficulté, la seule qui puisse se présenter, est dans l'application : elle consiste à caractériser les stipulations du contrat de mariage et à distinguer les donations à cause de mort, où les simples institutions contractuelles ne présentant qu'une expectative ou une éventualité, des donations qui, bien que subordonnées à la survie du donataire, constituent cependant un droit acquis à dater du jour où le mariage est célébré. Cette difficulté n'est pas de notre sujet. Nous renvoyons, à cet égard, au commentaire de Marcadé sur les art. 1081-1086 (t. IV, n[os] 277 et suiv.).

439. Enfin, après les créances de la femme à raison de la dot et des conventions matrimoniales, viennent toutes les autres répétitions que la femme peut avoir à exercer contre son mari à un titre quelconque. Ces répétitions sont garanties également par l'hypothèque légale. Ici se placent d'abord toutes les créances que l'art. 2135 a énumérées au point de vue tout particulier que nous avons indiqué plus haut (*voy.* n° 434) : ainsi la femme a hypothèque pour les sommes dotales provenant de successions à elle échues ou de donations à elle faites pendant le mariage, pour l'indemnité des dettes par elle contractées avec son mari, et pour le remploi de ses propres aliénés. Ici se placent ensuite les autres créances que l'art. 2135 n'énumère pas, mais qui n'en sont pas moins garanties par l'hypothèque légale en vertu de la disposition générale de notre article : ainsi l'indemnité à laquelle peut donner lieu un préjudice causé à la femme par le fait du mari ou par sa négligence, celle qui peut avoir sa source dans un délit, toutes les créances, en un mot, que la femme peut avoir sur son mari, quelle qu'en soit l'origine, délit ou quasi-délit, contrat ou quasi-contrat. Nous trouvons des applications nombreuses du principe dans des arrêts suivant lesquels l'hypothèque s'étend aux dommages-intérêts résultant de ce que le mari aurait négligé de faire transcrire la donation de certains de ses biens qu'il aurait faite par son contrat de mariage à sa femme (2); aux dépens faits

(1) *Voy.* Cour de cass., 25 therm. an 13, 9 sept. 1811; Grenoble, 12 janv. 1813; Cour de cass., 10 août 1840, 23 mars 1841, 4 fév. 1835, 16 mai 1855; Bordeaux, 21 fév. 1851; Toulouse, 24 mai 1855; Riom, 12 nov. 1856 (Dev., 35, 1, 507; 40, 1, 849; 41, 1, 298; 55, 1, 490; 2, 491; 57, 2, 183).

(2) Cass., 10 mars 1840; Angers, 10 mars 1841 (Dev., 40, 1, 217; 41, 2, 187).

par la femme sur sa demande en séparation (1); même à ceux auxquels le mari a été condamné sur une demande intentée contre lui à l'effet d'obtenir de la justice une autorisation de plaider à défaut de l'autorisation maritale (2); et même, s'il s'agit d'une femme étrangère (*suprà*, n° 433), aux créances matrimoniales non reconnues par la loi française, par exemple un augment de dot, lorsque ces créances sont reconnues par la loi étrangère sous l'empire de laquelle la femme s'est mariée (3).

Mais, à côté de ces applications, qui toutes ont pu être plus ou moins justement contestées, nous en citerons une dernière qu'on peut s'étonner à bon droit de trouver dans la jurisprudence. On a mis en question le point de savoir si l'hypothèque légale s'étend aux créances paraphernales de la femme; et, non-seulement cela a été mis en question, ce qui est déjà fort étrange, mais encore il s'est trouvé que des auteurs et des décisions judiciaires ont déclaré que ces créances ne sont pas protégées par l'hypothèque légale. Ainsi, dans une espèce où une femme dont tous les biens étaient paraphernaux invoquait le secours de l'hypothèque légale pour la sûreté d'une somme considérable que son mari reconnaissait avoir reçue pour lui, un arrêt lui a refusé cette garantie en se fondant sur ce « qu'il résulte de la disposition de l'art. 1577 du Code Napoléon que si la femme donne pouvoir à son mari d'administrer ses biens paraphernaux, il est tenu vis-à-vis d'elle comme tout mandataire, et qu'il n'existe aucune loi qui accorde au mandant une hypothèque contre son mandataire (4); » et cette doctrine a trouvé des défenseurs (5). Il est bien étrange, assurément, que de pareilles théories trouvent de l'appui dans les auteurs et dans la jurisprudence, et l'on a peine à s'expliquer comment ceux qui les défendent n'ont pas aperçu que, s'il n'y a pas, en effet, de texte qui accorde au mandant une hypothèque contre son mandataire, il y a au contraire un texte très-positif et très-absolu qui accorde une hypothèque à la femme à raison de *ses droits et créances* sur les biens de son mari : ce texte est précisément celui de notre article. Tout se réduirait donc à savoir si les répétitions que la femme peut avoir à exercer à raison de ses biens paraphernaux, ou, dans un autre régime que le régime dotal, à raison des biens dont elle s'est réservé l'administration et la jouissance, constituent ou non des *créances*. Or cela peut-il être mis en question? N'est-il pas bien évident que les créances paraphernales, lorsque le mari en a employé le montant à son profit, constituent un des genres de reprises que la femme a à exercer?... Aussi la jurisprudence n'a-t-elle hésité jamais, sauf dans l'arrêt que

---

(1) Riom, 4 mars 1822; Paris, 28 déc. 1822; Caen, 25 nov. 1824; Douai, 1er avr. 1826. — *Voy.* cependant Rouen, 12 mars 1817.

(2) Agen, 15 nov. 1847 (Dev., 48, 2, 631).

(3) Grenoble, 27 avr. 1855 (*J. P.*, 1856, t. II, p. 618).

(4) *Voy.* Aix, 10 août 1813.

(5) *Voy.*, notamment, la dissertation publiée par M. Planol, professeur à la Faculté de droit de Grenoble, dans le Recueil de M. Sirey (t. XIX, 2, p. 89). — *Voy.* aussi M. Delvincourt (t. III, p. 165).

nous citions tout à l'heure, à rattacher l'hypothèque légale aux répétition extradotales (1).

Ces créances, en effet, sont garanties par l'hypothèque légale au même titre et de la même manière que les autres créances et que la créance dotale elle-même. Par suite, elles sont garanties non-seulement quant au capital, mais encore quant aux intérêts et aux fruits. (Voy. *suprà*, n° 436.) Cependant quelques auteurs, tout en reconnaissant que l'hypothèque légale protége les biens paraphernaux, enseignent qu'elle ne garantit pas du moins le compte de gestion ou d'administration dû par le mari (2). C'est encore par ce même article 1577 que ces auteurs se déterminent, par cet article d'après lequel le mari, à qui sa femme a laissé l'administration des paraphernaux *avec charge de lui rendre compte des fruits,* est tenu des suites de son administration vis-à-vis d'elle *comme tout mandataire*. Toutefois, il y a dans ce tempérament ou dans cette distinction une inconséquence palpable. En définitive, si l'art. 1577 était ici de quelque poids, s'il devait être pris pour règle, il faudrait l'accepter d'une manière absolue, et, à l'exemple de l'arrêt que nous citions tout à l'heure, en faire découler la conséquence que la femme n'a pas hypothèque même pour le capital de ses créances paraphernales, puisque cet article assimile le mari au mandataire, et que, pas plus pour la restitution du principal que pour le compte de sa gestion, le mandataire n'est tenu hypothécairement vis-à-vis du mandant. La vérité est qu'au point de vue de la garantie hypothécaire, l'art. 1577 ne dit et ne préjuge rien. A cet égard, la règle n'est pas ailleurs que dans notre art. 2121; et la disposition en est trop générale pour que, dès que la disposition en est reconnue applicable aux créances paraphernales elles-mêmes, le bénéfice n'en doive pas être étendu aux intérêts et aux fruits, c'est-à-dire aux accessoires de ces créances. On tirera donc de l'art. 1577 cette induction seulement que le mari, administrant les paraphernaux avec charge de rendre compte des fruits, est assimilé au mandataire en ce sens qu'il est assujetti, en cette qualité de mandataire, aux règles du mandat en ce qui concerne l'existence et l'étendue de sa dette, le compte, et le point de départ des intérêts qu'il doit, outre la restitution du principal (art. 1996); mais c'est tout! Aller au delà et supposer que l'assimilation faite, dans ce cas, entre la position du mari et celle du mandataire, exclut la garantie hypothécaire consacrée par notre article de la manière la plus générale et la plus absolue, ce serait dépasser toutes les prévisions de l'art. 1577, qui n'a certainement pas entendu, en posant sa règle d'assimilation, que la qualité de mandataire effacerait celle de mari et emporterait les obligations qui dérivent de cette qualité et en sont inséparables. Evidemment la loi ne comporte pas une telle interprétation; cela a été reconnu par le seul arrêt qui

(1) *Voy.* Riom, 5 fév. 1821; Cass., 11 juin 1822, 6 juin 1826, 28 juill. 1828, 5 déc. 1832; Lyon (aud. sol.), 16 août 1823; Grenoble, 30 mai 1834; Bordeaux, 20 juin 1835 Dal., 26, 1, 296; 28, 1, 354; 33, 1, 246; 34, 2, 478; 36, 2, 48).

(2) *Voy.* MM. Grenier (t. I, n° 232), Rolland de Villargues (v° Hyp., n° 359).

existe, à notre connaissance, sur ce point de droit (1); et l'on ne peut qu'en accepter la solution.

440. Nous aurions tout dit de l'hypothèque légale de la femme, au moins en ce qui concerne le principe même de l'hypothèque et les créances qu'elle garantit, si nous ne rencontrions ici quelques situations particulières dans lesquelles il arrive que les droits de la femme se trouvent effacés par la force des choses, restreints par la volonté de la loi, ou complétement perdus au moins pour la femme et par son fait. Il faut donc nous occuper de ces situations. Ici nous avons particulièrement en vue : 1° le cas où une liquidation intervient entre les époux, ou plutôt entre le mari et les héritiers de la femme; 2° le cas où le mari est tombé en faillite; 3° le cas où la femme a fait cession de son hypothèque légale ou y a renoncé au profit de tiers. Chacun de ces cas, le dernier surtout, a donné lieu à des difficultés sérieuses : nous les reprenons successivement.

IV. — 441. Lorsqu'une liquidation intervient entre le mari et les héritiers de la femme, il peut arriver et il arrive fréquemment que le mari reste en possession des reprises, c'est-à-dire de valeurs dont il était débiteur sous la garantie de l'hypothèque légale, et que néanmoins cette sûreté cesse d'exister au profit des héritiers représentant la femme. Ce n'est pas à dire, pourtant, que l'hypothèque légale soit un avantage purement personnel, un avantage exclusivement attaché à la qualité de femme mariée; loin de là, le droit peut survivre à la femme et passer à ses héritiers. Mais, pour qu'il survive ainsi et se maintienne, il faut que l'obligation du mari subsiste dans sa condition primitive, c'est-à-dire que, nonobstant le prédécès de sa femme, le mari continue d'être tenu de l'obligation en sa qualité de mari. Que si le mari, en restant en possession des reprises, en devient débiteur et comptable à un autre titre, il en est autrement : la créance primitive est éteinte, et avec elle est éteinte par suite l'hypothèque qui en garantissait le payement.

Ceci s'éclaircira par un exemple. — Jacques et Eugénie, en contractant mariage, ont stipulé que le survivant aurait droit, dans le cas où il ne resterait pas d'enfants du mariage, de jouir en usufruit de tous les biens meubles et immeubles que laisserait le prémourant. Eugénie prédécède et ne laisse pas d'enfants après elle; Jacques liquide avec les héritiers de sa femme; l'acte de liquidation fixe le montant des reprises de celle-ci à une somme de 50,000 fr. et constate que, comme usufruitier aux termes de son contrat de mariage, Jacques restera nanti de cette somme de 50,000 fr. qui ne devra être remise ou comptée qu'à la fin de l'usufruit. — Dans cette situation, et dans toutes situations analogues, l'hypothèque légale qui assurait à la femme le recouvrement de ses reprises est éteinte; et si nous supposons, dans notre espèce, qu'après la liquidation, tous les biens de Jacques sont vendus par expropriation et qu'un ordre s'ouvre sur le prix, nous devrons reconnaître que les héri-

(1) Montpellier, 27 avr. 1846 (Dev., 47, 2, 459). *Sic* MM. Troplong (n° 418), Sériziat (*Régim. dot.*, n° 353).

tiers d'Eugénie, nus propriétaires des valeurs dont Jacques a l'usufruit, ne pourront prétendre à une collocation sous le prétexte que l'hypothèque légale a continué de garantir cette somme de 50,000 fr. à laquelle les reprises avaient été fixées et dont Jacques est resté détenteur. C'est qu'en effet il y a eu là une liquidation entre ces héritiers et le mari, une liquidation par suite de laquelle celui-ci a conservé, à titre d'usufruitier en vertu de son contrat de mariage, les sommes dont il était débiteur primitivement comme mari. Par l'effet de cette liquidation, une novation s'est opérée dans le titre; le mari, en rapportant, même fictivement, à la succession de sa femme les sommes qu'il devait à ce titre, en a tenu compte d'une manière suffisante; d'une autre part, il les a reçues à un autre titre, et les détient désormais, non plus comme mari, mais en qualité de donataire ayant droit à une partie de la succession, ainsi que pourrait le faire un étranger auquel la femme aurait donné ou légué l'usufruit : donc, la dette primitive du mari n'existe plus; par cela même, l'hypothèque légale n'ayant plus sa raison d'être, les héritiers de la femme ne peuvent l'invoquer. Cela est reconnu aujourd'hui par la jurisprudence la plus constante (1).

Mais il ne faut pas exagérer les choses. Cette jurisprudence repose sur une donnée précise; elle a pour base le fait d'une liquidation ou d'un règlement dans lequel se manifeste avec évidence le changement qui s'est opéré dans les causes qui font que le mari reste en possession de tout ou partie de la dot ou des reprises de la femme. Aussi, supposons qu'il n'y ait ni liquidation, ni acte quelconque constatant que le mari a rapporté, fictivement ou réellement, les reprises dont il était débiteur en sa qualité de mari; supposons que rien ne montre que ces reprises, par lui détenues encore, lui ont été délivrées pour qu'il y exerce le droit d'usufruit auquel il peut prétendre; il en sera tout autrement : alors il sera vrai de dire qu'il n'y a pas de novation constatée dans la dette primitive, que cette dette subsiste la même et qu'avec elle subsiste l'hypothèque qui en est l'accessoire et en doit assurer le remboursement. En ce sens, il a pu être décidé, par la Cour suprême, que lorsqu'un mari a été institué légataire universel de l'usufruit des biens de sa femme, même avec dispense de toute demande en délivrance, de tout emploi de fonds, ainsi que du bail de caution, et *qu'il est resté en possession des biens sans qu'aucun acte soit intervenu entre lui et les légataires de la nue propriété,* les héritiers de la femme peuvent se prévaloir de l'hypothèque légale attachée à la dot contre les créanciers hypothécaires du mari, parce que, dans ce cas, il n'y a pas novation, et que la première dette, celle de la dot, subsiste avec la garantie de l'hypothèque légale (2).

---

(1) Paris, 15 janv. 1836, 9 mars 1844, 19 déc. 1846, 3 mars 1849; Cass., 15 nov. 1837; Bordeaux, 5 mars 1842; Douai, 21 avr. 1844, 4 mai 1846; Grenoble, 4 janv. 1854; Bourges, 6 mars 1855 (*J. P.*, 1838, t. I, p. 293; 1842, t. II, p. 430; 1844, t. I, p. 354; 1846, t. II, p. 724; 1847, t. I, p. 447; 1849, t. I, p. 430; Dev., 54, 2, 741; 55, 2, 354). — *Voy.* aussi Req., 21 déc. 1852 (Dev., 55, 1, 41).

(2) *Voy.* Req., 20 avr. 1857 (*le Droit* des 20 et 21 avr. 1857). — *Junge* : Paris, 26 nov. 1836.

La même Cour semble être allée plus loin encore, en ce qu'elle a considéré la dette primitive comme subsistante avec l'hypothèque légale qui en garantissait le remboursement, même dans une espèce où les reprises de la femme prédécédée étaient restées aux mains du mari, donataire en usufruit, après un règlement de compte fait avec sa fille, héritière de la femme, et portant fixation des reprises de celle-ci (1). Mais il ne faudrait voir en ceci rien de contraire à la jurisprudence que nous avons rappelée tout à l'heure et que la Cour de cassation elle-même a consacrée; cet arrêt se combine parfaitement avec cette jurisprudence et s'explique par les circonstances dans lesquelles il a été rendu. Dans l'espèce, les parties avaient bien songé à la novation, mais précisément pour dire qu'elle n'aurait pas lieu; l'arrêté de compte portait, en effet, cette clause : « Quant à la portion des reprises frappée de la jouissance du mari, elle ne sera exigée contre ce dernier ou ses représentants qu'à son décès, déclarant l'héritière de la femme prédécédée qu'*elle se réserve tous ses droits, priviléges et hypothèques, sans novation;* » et c'est là ce qui a paru décisif. La Cour de cassation a considéré que les mots « sans novation, » insérés dans l'acte, n'ont pu signifier autre chose, « si ce n'est que le mari continuerait de conserver, sa vie durant, les reprises au même titre qu'il les avait détenues jusqu'alors, c'est-à-dire comme débiteur de sa fille, soit en qualité de tuteur, soit à raison des reprises que celle-ci avait à exercer du chef de sa mère; » et, de cette stipulation que la Cour de cassation a considérée comme licite, elle a conclu « au maintien de l'hypothèque légale qui avait jusque-là grevé les biens du mari, soit comme mari, soit comme tuteur. » Peut-être pourrait-on critiquer la décision au fond; peut-être pourrait-on dire que, quelles qu'aient été les réserves insérées dans l'arrêté de compte, ces réserves n'ont pu faire que, par l'effet de l'acte, les reprises de la femme ne soient pas restées, en définitive, aux mains du mari, non plus en sa qualité de mari, mais en sa qualité d'usufruitier, ce qui, par la force des choses, impliquait novation par la substitution d'une dette nouvelle à une dette ancienne; et que si, en principe, les hypothèques de l'ancienne créance peuvent, quand elles sont réservées, passer à celle qui lui est substituée (Code Napoléon, art. 1278), cela, du moins, ne doit pas s'entendre de l'hypothèque légale, laquelle, n'ayant lieu que dans des cas déterminés, ne saurait passer d'une créance, à laquelle la loi attache une telle hypothèque, à une autre créance à laquelle la même faveur n'a pas été accordée par la loi.

Mais enfin, soit qu'on critique l'arrêt dans ce qu'il décide, soit qu'on l'approuve, toujours est-il que la décision n'en est pas contraire à la jurisprudence ci-dessus rappelée, et que, comme décision d'espèce, elle se combine à merveille avec cette jurisprudence et lui laisse toute son autorité. Répétons donc que si l'hypothèque légale peut survivre à la femme, que si elle lui survit même et profite à ses héritiers toutes les

(1) *Voy.* Req., 27 nov. 1855 (*J. P.*, 1856, t. I, p. 424).

fois que les valeurs dont le mari est comptable restent entre ses mains sans qu'aucun acte constate un changement dans le titre de la possession, il en est autrement, et l'hypothèque légale disparaît et s'efface lorsque, par l'effet d'une liquidation survenue entre les héritiers de la femme et le mari, il arrive que celui-ci conserve, comme ayant droit à une partie de la succession et en qualité de donataire ou de légataire, tout ou partie des sommes dont il était débiteur envers la femme; et, sans insister davantage sur ce premier cas, passons à l'examen du second.

V. — 442. Ce cas est celui où le mari étant commerçant vient à être mis en état de faillite. Ici, le principe même de l'hypothèque légale est réservé : nous savons déjà que la femme qui se marie avec un commerçant est protégée par l'hypothèque, nonobstant l'événement de la faillite, et que le mariage, se plaçât-il même à l'époque fixée par le tribunal de commerce comme étant celle de la cessation de payements, c'est-à-dire de l'ouverture de la faillite, ou encore dans les dix jours qui ont précédé, la femme n'en a pas moins droit à l'hypothèque légale établie par notre article. (Voy. *suprà*, n° 431.) Mais cette hypothèque légale, la femme du commerçant failli l'exercera-t-elle dans les termes mêmes de notre article? L'exercera-t-elle vis-à-vis des créanciers du failli avec tous les effets et toutes les prérogatives consacrés par le droit commun? Non. L'intérêt du commerce, le besoin de crédit qui est son principal élément, exigent que, dans un désastre commun, la femme du failli ne prenne pas une position trop ouvertement privilégiée. De là les dispositions exceptionnelles par lesquelles le Code de commerce établit certaines restrictions qui affectent l'hypothèque légale de la femme dans ses effets ordinaires. C'est de ces restrictions que nous avons maintenant à nous occuper.

443. Avant de les aborder, cependant, avant de préciser en quoi elles consistent, nous avons un point important à noter : c'est que les restrictions établies par le Code de commerce, celles qui affectent l'hypothèque légale dans ses effets, ont lieu, non point dans tous les cas où le mari est en état de faillite, mais seulement dans quelques cas spécialement déterminés. Dans les termes de la loi du 28 mai 1838, modificative du titre des faillites tel qu'il avait été arrêté par le législateur de 1807, les dispositions restrictives du droit commun sont applicables à la femme seulement lorsque le mari était commerçant au moment de la célébration du mariage, ou lorsque le mari, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, devient commerçant dans l'année. (Code de commerce, art. 563, 564.) Sous ce rapport, la loi du 28 mai 1838 corrige heureusement les dispositions du Code de commerce de 1807, qui, allant au delà d'une juste mesure, et cédant en cela à l'impression produite par des désordres alors récents, par le scandale de banqueroutes longuement et habilement préparées, avait placé dans le même cas que les femmes des commerçants celles qui avaient épousé des fils de négociants, n'ayant à l'époque de leur mariage aucun état ni profession déterminés, et qui étaient ensuite devenus eux-mêmes négo-

ciants. (Code de commerce, art. 552, édition de 1807.) Il est de toute évidence, cependant, que l'homme qu'une femme accepte pour mari peut être fils de négociant sans que cela doive nécessairement donner à supposer à cette femme qu'à une époque quelconque son mari se livrera lui-même au commerce; en sorte que, restreindre son droit hypothécaire, par cela seul que son mari plus tard devient négociant et fait faillite, c'était la soumettre à des rigueurs exceptionnelles auxquelles elle avait pu ne pas se croire exposée en se mariant. Il y avait là une exagération que la loi nouvelle a justement corrigée; et aujourd'hui, dans tout autre cas que celui où le mari était commerçant au moment de la célébration du mariage, ou celui où, n'étant pas commerçant alors, il l'est devenu dans l'année qui a suivi, la femme, même si le mari vient à être déclaré en faillite, reste dans le droit commun et jouit de l'hypothèque légale avec tous les effets que lui assignent les dispositions du Code Napoléon.

Du reste, en ceci le droit de la femme est réglé d'après le fait qui ne reçoit aucune influence de la qualité que le mari a pu prendre ou ne pas prendre dans l'acte de célébration ou dans le contrat de mariage. Ainsi, il a été décidé qu'il y a lieu à l'application des art. 563 et 564 du Code de commerce en ce qui touche les avantages matrimoniaux et l'hypothèque légale de la femme, bien que le mari n'ait pas pris la qualité de commerçant dans le contrat de mariage, et même qu'il exerçât, à l'époque du mariage, une profession légalement incompatible avec celle de commerçant, par exemple celle de receveur des finances ou de notaire, s'il est établi qu'à cette même époque il se livrait habituellement, en dehors de sa profession, à des opérations commerciales (1). Et réciproquement, il a été jugé que la qualité de commerçant prise par le mari dans son contrat de mariage reste sans effet, lorsqu'il est constant que ce dernier n'était pas alors commerçant et ne l'est devenu que plus d'une année après, et ne peut dès lors être opposée à la femme pour lui enlever, en cas de faillite du mari, le bénéfice de l'hypothèque légale que lui assure notre article (2).

Ces décisions sont d'une exactitude parfaite. Il est clair que, dans la pensée de la loi, le fait seul est dominant; et, qu'abstraction faite des énonciations contenues dans le contrat de mariage ou même dans l'acte de célébration, les droits de la femme, quant à l'hypothèque légale et à son étendue, sont déterminés par la situation du mari, par un simple point de fait toujours facile à reconnaître et à apprécier : le mari tombé en faillite était-il étranger au commerce quand il s'est marié, et n'est-il devenu commerçant que plus d'une année après le mariage, le droit hypothécaire de la femme est entier, il reste dans les termes du droit commun; au contraire, le mari était-il commerçant lors du mariage ou l'est-il devenu dans l'année qui a suivi la célébration, l'hypothèque légale de

(1) *Voy.* Req., 5 juill. 1837; Nîmes, 10 juill. 1851 (*J. P.*, 1851, t. I, p. 642).
(2) *Voy.* Req., 4 mai 1852; Orléans, 16 mars 1839; Besançon, 13 fév. 1856 (*J. P.*, 1839, t. I, p. 648; 1856, t. I, p. 271).

la femme subit les restrictions qui l'atteignent dans ses effets d'après les dispositions exceptionnelles du Code de commerce.

444. Mais quelles sont ces restrictions et en quoi consistent-elles? Elles portent à la fois et sur le gage hypothécaire et sur les créances dont l'hypothèque légale assure le recouvrement. Les restrictions de la première catégorie doivent, quant à présent, être réservées : comme elles touchent aux biens qui répondent des créances de la femme, nos observations sur ce point trouveront mieux leur place dans le commentaire de l'art. 2122, dont l'objet a été précisément de régler l'étendue et les effets de l'hypothèque légale par rapport aux biens qui en sont affectés (voy. *infrà,* n° 469). Occupons-nous donc seulement ici des restrictions de la seconde catégorie : celles-ci ont trait aux créances que la femme du commerçant failli est autorisée, nonobstant la faillite, à placer sous la garantie de l'hypothèque légale; nos explications en ce qui les concerne rentrent donc tout naturellement dans le commentaire de notre art. 2121.

445. A cet égard, l'art. 563 du Code de commerce, modifié par la loi du 28 mai 1838, nous dit que, dans les circonstances qu'il détermine et que nous venons d'indiquer, tels et tels immeubles du mari seront soumis à l'hypothèque de la femme : « 1° pour les deniers et effets mobiliers qu'elle aura apportés en dot, ou qui lui seront advenus depuis le mariage par succession ou donation entre-vifs ou testamentaire, et dont elle prouvera la délivrance ou le payement par acte ayant date certaine; 2° pour le remploi de ses biens aliénés pendant le mariage; 3° pour l'indemnité des dettes par elle contractées avec son mari. » C'est, comme on le voit, la reproduction à peu près littérale de l'énumération faite dans l'art. 2135 du Code Napoléon, sauf une omission sur laquelle nous allons revenir en reprenant successivement les diverses créances énumérées.

446. Et d'abord l'hypothèque légale garantit, en faveur de la femme du commerçant, non-seulement les deniers et effets mobiliers apportés en dot, mais encore ceux qui lui sont advenus depuis le mariage par donation ou succession. En ceci, la loi du 28 mai 1838, modificative du titre des faillites, a tempéré les rigueurs du Code de commerce de 1807. Les rédacteurs du Code n'avaient placé sous la garantie de l'hypothèque que la dot apportée en mariage. Mieux inspiré, ou, si l'on veut, plus éloigné de ces grands scandales qui avaient conduit la loi jusqu'à l'exagération dans la voie de la rigueur, le législateur de 1838 a compris que demander une preuve certaine de la délivrance du payement des deniers advenus à la femme, c'était répondre à toutes les exigences; qu'aller au delà et refuser à la femme la garantie de l'hypothèque pour cette portion de sa fortune, ce serait sacrifier l'intérêt de la femme à celui des créanciers. Et le Code de 1807 a été modifié en ce sens. Mais, et c'est ici l'omission à laquelle nous faisions allusion tout à l'heure, ni le Code de 1807, ni la loi de 1838, n'ont parlé des *conventions matrimoniales* qui, dans l'énumération de l'art. 2135 du Code Napoléon, ont leur place au même rang que la *dot.*

Pourquoi ce silence et qu'en faut-il conclure? C'est qu'on trouve dans le Code de 1808 un texte (art. 549), qui a été reproduit par la loi de 1838 (art. 564), et qui dispose que « la femme, dont le mari était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, ou dont le mari, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, sera devenu commerçant dans l'année qui suivra cette célébration, *ne pourra exercer dans la faillite aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage...* » Or ces avantages sont précisément, comme nous l'avons expliqué plus haut (n° 437), les *conventions matrimoniales* dont il est parlé à l'art. 2135 du Code Napoléon. Et, puisque la femme du commerçant failli n'a pas même d'action à exercer dans la faillite à raison des avantages à elle faits dans le contrat de mariage, il est clair qu'il n'y avait pas à lui réserver l'hypothèque légale à raison de ses conventions matrimoniales. Ainsi s'explique le silence de l'art. 563 du Code de commerce, modifié par la loi sur les faillites du 28 mai 1838 en ce qui concerne les conventions matrimoniales. La conclusion qu'il en faut tirer se déduit donc d'elle-même : c'est que les avantages qui sont faits à la femme, tels que gains de survie, donation, etc., lesquels, d'après le droit commun, sont sous la garantie de l'hypothèque légale, sont comme non-avenus, et conséquemment destitués de toute hypothèque, d'après la loi commerciale, pour la femme du commerçant tombé en faillite.

447. Avec la dot et les biens échus à la femme par donation ou succession, le Code de commerce laisse sous la protection de l'hypothèque légale le remploi des biens de la femme aliénés pendant le mariage et l'indemnité des dettes contractées avec le mari. En elle-même, cette disposition de la loi n'a pas besoin de commentaire; on s'explique à merveille que, même dans la situation exceptionnelle que crée l'état de faillite, le remploi des biens de la femme et l'indemnité des dettes par elle contractées avec le mari restent garantis par l'hypothèque légale.

Mais, en ce qui concerne l'indemnité des dettes contractées avec le mari, le rapprochement et la combinaison de l'art. 563 du Code de commerce avec les art. 446 et 447 du même Code font naître une question qui n'est pas sans gravité.

Voici l'espèce. — Joseph, négociant, pressé par le besoin de ses affaires, a fait un emprunt de 20,000 fr. à Pierre, qui, concevant bientôt quelque inquiétude, demande que la femme de Joseph s'engage avec celui-ci. La prétention est accueillie, et un billet de 20,000 fr. est souscrit à Pierre, le 20 juillet 1850, par Joseph et par sa femme qui s'engage comme caution. Comme cela arrive trop souvent, l'emprunt fait par Joseph dans un cas de détresse lui prête un secours impuissant; la faillite éclate, et le jugement déclaratif en fixe l'ouverture au 15 juillet 1850 : ainsi, l'engagement obtenu par Pierre se place dans les dix jours qui ont précédé la faillite. Quel est, dans cette situation, le droit de la femme de Joseph à raison de son indemnité pour la dette qu'elle a souscrite comme caution de son mari? Supposons qu'elle veuille se prévaloir, à propos de cette indemnité, de l'hypothèque légale que lui at-

tribue le droit commun, et que, d'ailleurs, l'art. 563 du Code de commerce lui a laissée, voici le conflit qui va s'élever. D'une part, les créanciers de la faillite opposeront d'abord l'art. 446 du même Code qui déclare nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le Tribunal comme étant celle de la cessation de ses payements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque, tous actes translatifs de propriété à titre gratuit, tous payements de dettes non échues, et même ceux de dettes échues, s'ils ont été faits autrement qu'en espèces et effets de commerce, et toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire, tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées : ils opposeront ensuite l'art. 447, d'après lequel *tous autres payements* faits par le débiteur pour dettes échues, et *tous autres actes à titre onéreux* par lui passés après la cessation de ses payements et avant le jugement déclaratif de faillite, pourront être annulés si, de la part de ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec la connaissance de la cessation de ses payements. — D'une autre part, la femme répondra que ni l'art. 446, ni l'art. 447, ne lui sont opposables, le premier parce que, prohibant limitativement l'acquisition de l'hypothèque *judiciaire* et de l'hypothèque *conventionnelle,* il ne saurait lui être appliqué à elle qui vient réclamer une hypothèque *légale;* le second, parce qu'il permet l'annulation seulement des actes *qui sont faits avec le débiteur failli,* et que, quant à elle, l'acte dont elle excipe, s'il a profité au débiteur, n'a pas du moins été fait avec lui, mais avec son créancier.

Quelle est, entre ces prétentions opposées, celle qui devra prévaloir? La jurisprudence, interrogée sur ce point, n'a pas donné de solution absolue. Il résulte des documents qu'elle fournit que tout ici devrait être ramené à une appréciation de faits. Cela est indiqué dans deux arrêts de rejet émanant, l'un de la Chambre des requêtes, l'autre de la Chambre civile de la Cour de cassation, et qui, dans leur combinaison, reviennent à dire que, dans le cas où la femme, en contractant une dette avec son mari, a agi sans fraude et dans l'ignorance de l'état de cessation de payements où était le mari, elle a son hypothèque légale à raison de l'indemnité qui lui est due (1), tandis, au contraire, que si elle a agi en connaissance de cause, et sachant bien que la faillite était sur le point d'éclater, l'hypothèque légale est sans effet vis-à-vis des créanciers de la faillite, qui ont droit exclusivement au prix des immeubles, et doivent le recevoir même au préjudice de l'indemnité réclamée par la femme (2).

Nous croyons, quant à nous, qu'il faut aller au delà; et, adoptant l'opinion tranchée de notre savant ami M. Coin-Delisle, nous dirions volontiers que dans tous les cas où, dans l'intervalle de l'époque fixée par le tribunal comme étant celle de la cessation de payements du dé-

(1) Req., 7 nov. 1848 (Dev., 49, 1, 121). — *Junge :* M. Renouard (*Des Faillites,* t. I, p. 364).
(2) Rej., 15 mai 1850 (Dev., 50, 1, 600).



biteur au jour du jugement déclaratif de la faillite, la femme, instruite ou non du désastre de son mari, s'engage pour lui ou le cautionne pour une dette contractée avant la cessation de payements, elle n'a pas, à raison de son indemnité, d'hypothèque qui puisse être opposée à la masse chirographaire (1). La femme, selon nous, a beau se retrancher derrière le texte de l'art. 446 du Code de commerce, qui parle seulement des hypothèques conventionnelles et judiciaires pour en prohiber l'acquisition pendant le temps suspect : on pourrait répondre, avec l'un des arrêts contre lesquels étaient dirigés les pourvois rejetés par la Cour de cassation (2), qu'en cette matière il est raisonnable et nécessaire d'établir une grande différence entre les hypothèques légales dans la stricte acception de ce mot, c'est-à-dire provenant de la seule force de la loi sans que les parties intéressées y soient pour rien, et celles qui, ayant ce caractère à raison de la qualité des personnes, prennent néanmoins leur source dans des actes purement volontaires, dont les intentions peuvent être plus ou moins sujettes à critique; que les premières existent de plein droit, comme des garanties en quelque sorte d'ordre public auxquelles il serait difficile de concevoir qu'on pût porter atteinte; mais qu'il en est autrement des autres, et spécialement de celles qui ont pour objet de garantir l'indemnité des dettes contractées par la femme avec le mari; que celles-ci, s'attachant à des obligations faites sous l'autorisation du mari et généralement sur sa sollicitation, sont réellement *conventionnelles* au moins dans leur création, et que dans le cas de faillite du mari, outre qu'elles ne pourraient jamais être consacrées et maintenues qu'au grand détriment de la masse, elles offriraient trop souvent au failli un moyen détourné de faire, avec l'intervention de sa femme, ce qui lui est interdit directement, c'est-à-dire d'avantager certains créanciers au préjudice et en fraude de la masse.

Mais, nous le comprenons, il n'est guère possible, en droit, de faire entre les diverses créances auxquelles la loi déclare expressément qu'elle attache une hypothèque la différence qui sert de base à ces motifs de l'arrêt, et d'envisager à l'égal d'une hypothèque conventionnelle, eu égard à la nature de la créance garantie, l'hypothèque à laquelle la loi donne expressément et formellement la qualification de *légale*. Aussi plaçons-nous la question sur un autre terrain; et, nous emparant de quelques considérations déduites, d'ailleurs, à titre d'argument par l'arrêt dont nous venons de résumer la doctrine, nous y trouvons le principe même d'une solution qui non-seulement écarte la prétention de la femme, mais encore qui ne laisse pas à la femme de prétexte pour élever cette prétention.

En d'autres termes, nous ne séparons pas l'obligation souscrite par la femme de l'autorisation maritale dont elle a eu besoin pour s'obliger. Or cette autorisation a été donnée par le mari au profit d'un créancier au préjudice des autres, ce qui est contraire à la loi sur les faillites, la

(1) *Voy.* M. Coin-Delisle (*Rev. crit.*, t. III, p. 221 et suiv.).
(2) C'est l'arrêt de la Cour d'Angers, maintenu par l'arrêt de rejet du 15 mai 1850.

règle générale, le principe même de cette loi étant l'égalité entre les créanciers. Elle a été donnée en outre dans la période de temps que la loi considère comme suspect, dans l'intervalle qui sépare la cessation des payements du jugement déclaratif de faillite, et, par conséquent, à une époque où le mari était dessaisi du droit de disposer. A ce double titre, l'autorisation donnée par le mari est nulle comme émanant d'une personne qui était incapable de la donner. Et si l'autorisation est nulle, la femme n'a pas été habilitée à souscrire d'engagement, en sorte que l'obligation qu'elle a souscrite est également entachée de nullité, d'une nullité que les créanciers peuvent faire prononcer non-seulement en vertu des dispositions spéciales de la loi en matière de faillite, mais encore en vertu du droit commun consacré par l'art. 1167 du Code Napoléon (1).

La question n'est donc pas de savoir si, dans le cas proposé, la femme a ou n'a pas une hypothèque légale pour l'indemnité de la dette par elle souscrite avec son mari; la question va plus loin, elle est de savoir s'il y a réellement ou s'il n'y a pas un engagement valable. Et c'est parce qu'à notre avis il n'y a pas d'engagement, que la femme, n'ayant pas de créance comme caution de son mari, ne peut pas, par cela même, avoir de ce chef une hypothèque légale.

448. Ainsi et en définitive, dans le cas de faillite du mari, les dispositions exceptionnelles du Code de commerce restreignent l'hypothèque légale de la femme, au point de vue des créances auxquelles cette garantie est attachée, en ceci seulement que les *conventions matrimoniales,* c'est-à-dire les avantages faits à la femme par le contrat de mariage, ne jouissent pas de l'hypothèque légale, puisque la femme n'a pas même d'action à raison de ces avantages.

Ce n'est pas à dire qu'en ce qui concerne toutes autres créances, la femme du commerçant reste exactement dans les termes du droit commun. L'hypothèque légale ne lui est accordée, au moins par rapport aux deniers et effets mobiliers par elle apportés en dot ou à elle advenus depuis le mariage par succession ou donation, qu'autant que le payement ou la délivrance est prouvé par acte ayant date certaine : telle est la disposition ci-dessus reproduite de l'art. 563 du Code de commerce.

En ceci encore, la loi du 28 mai 1838, en exigeant par cet article que la preuve du *payement* des deniers et de la *délivrance* des effets ou legs soit faite, et qu'elle résulte d'un acte ayant date certaine, a modifié le Code de commerce de 1807, dont l'art. 551 exigeait un *acte authentique* pour justifier l'*apport* en dot, mais ne disait rien en ce qui concerne la preuve du *payement*. Nous estimons cependant que, même après la loi de 1838, on peut dire, comme l'a fait la Cour de cassation dès avant cette loi, que lorsqu'il a été convenu, dans le contrat de mariage d'un commerçant et à l'égard d'apports de la femme payables au jour du mariage, que l'acte de célébration *vaudra quittance* de ces

(1) C'est le système qui a été développé par M. Coin-Delisle, avec une grande autorité de raison, dans la dissertation ci-dessus citée.



apports, l'acte postérieur de célébration rapproché de la convention des époux constitue la quittance authentique ou ayant date certaine dans le sens des dispositions précitées du Code de commerce (1). Et, en effet, si le contrat porte quittance, à quoi bon et dans quel intérêt exiger un autre acte portant quittance à nouveau? La réalité du payement deux fois attestée n'en serait ni plus certaine ni mieux prouvée; car, dès qu'on peut supposer que, nonobstant la déclaration du contrat de mariage, la promesse d'apport n'a pas été réalisée, il n'y aurait aucun motif pour qu'on ne pût pas supposer également que, nonobstant les constatations d'une quittance spéciale, l'apport n'a pas été réalisé davantage. Il faut donc accepter l'acte de célébration comme rentrant dans les conditions de la loi, sauf, toutefois, pour les créanciers, le droit de prouver qu'il y a eu entente frauduleuse entre les époux et qu'en réalité le payement de l'apport n'a pas été effectué.

VI. — 449. Passons enfin à la dernière des situations particulières et exceptionnelles indiquées plus haut (n° 440), celle où la femme consent la subrogation dans son hypothèque légale. Dans cette situation, où les sûretés hypothécaires accordées à la femme sont, non point effacées ou amoindries comme dans les deux cas qui précèdent, mais volontairement abandonnées en tout ou en partie, au moins d'une manière conditionnelle, au profit des tiers auxquels la femme transmet ou communique ses droits, nous allons rencontrer l'un des points de droit qui, en cette matière de l'hypothèque légale, ont soulevé le plus de controverses et fait naître les plus sérieuses difficultés de théorie et de pratique.

C'est qu'ici tout, jusqu'à ces derniers temps du moins, a été l'œuvre des praticiens. Ce n'est pas le législateur, en effet, qui a conçu cette idée de *subrogation à l'hypothèque légale;* non-seulement la loi n'a pas défini la convention, mais elle ne l'avait même pas dénommée jusqu'au décret du 28 février 1852 sur les sociétés de crédit foncier, le premier acte législatif dans lequel on la trouve mentionnée (art. 20) : et cette convention, si fréquente aujourd'hui, cette convention si usuelle, serait probablement ignorée si le besoin des affaires n'eût provoqué les praticiens à l'imaginer comme un moyen propre à protéger les créanciers et les tiers acquéreurs contre les effets si menaçants de l'hypothèque occulte dont sont grevés les biens du vendeur ou du débiteur marié. Aussi, en l'absence de textes précis et explicites, a-t-il fallu se rattacher aux principes généraux, et, en tout ce qui touche à la nature de la convention, à ses conditions d'existence, à ses formes, à ses effets, etc., se régler d'après ces principes qui, avant tout, devaient être respectés. Seulement, il est arrivé (ce qui arrive nécessairement toutes les fois que la loi n'offre pas le secours de dispositions spéciales et formelles) que les applications des principes ont été contestées sur chaque point; de là les systèmes nombreux que nous aurons à indiquer et à discuter.

(1) Rej., 19 janv. 1836 (Dev., 36, 1, 198). *Sic* MM. Renouard (*Des Faillites*, t. II, p. 303), Esnault (*ibid.*, t. III, n° 586 *bis*). — *Voy.* cependant M. de Saint-Nexent (*ibid.*, t. III, n° 389).

Toutefois, quelques-uns sont désormais tranchés par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, dont l'art. 9 est ainsi conçu : « Dans le cas où les femmes peuvent *céder* leur hypothèque légale ou y *renoncer*, cette cession ou cette renonciation *doit être faite par acte authentique*, et les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit, ou par la mention de la *subrogation* en marge de l'inscription préexistante. — Les dates des inscriptions ou mentions déterminent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des *cessions* ou *renonciations* exercent *les droits hypothécaires de la femme*. » Mais ce texte, en sanctionnant la convention, en lui donnant une consécration législative qu'elle n'avait trouvée dans aucun texte jusqu'ici, ne la réglemente que dans quelques points; il laisse donc sous l'empire des principes généraux les points auxquels il ne touche pas. C'est ce que nous allons montrer en traitant successivement de l'objet et de la nature de la convention dont il s'agit ici, des cas dans lesquels elle est permise, des formes diverses sous lesquelles elle peut se produire, des conditions auxquelles elle existe légalement, et des effets qui s'y rattachent.

450. S'il y a peu de conventions qui aient été plus discutées que celle dont il s'agit ici au point de vue du fait juridique auquel elles répondent (voy. *infrà*, 458), par contre, il n'en est pas dont la cause et l'objet se conçoivent plus aisément.

Nous l'avons fait pressentir déjà, les subrogations à l'hypothèque légale se sont introduites dans la pratique comme une sorte de palliatif que, dans une certaine mesure, les prérogatives attachées aux droits et créances de la femme mariée ont rendu nécessaire. Par cela même que l'hypothèque attribuée à ces droits et créances existe indépendamment de toute inscription ou de tout signe extérieur qui la manifeste et qu'elle grève l'entier patrimoine présent et à venir du mari, il a dû arriver que le crédit de ce dernier a été par avance entravé ou détruit. Les tiers qui auraient été disposés à traiter avec lui ont dû s'en détourner tant qu'aucun moyen ne s'est offert pour les rassurer contre les effets d'une hypothèque d'autant plus menaçante que, jusqu'au dernier jour, jusqu'à la dissolution de la société conjugale et à sa liquidation, les droits et créances qu'elle garantit sont, en partie, ou peuvent être inconnus ou indéterminés. C'est à la convention désignée aujourd'hui sous la dénomination de *subrogation à l'hypothèque légale* que les praticiens ont demandé ce moyen. La femme intervient, et cède à celui qui traite avec son mari les sûretés hypothécaires qu'elle tient de la loi, ou elle les abdique en y renonçant en faveur de ce tiers. Les conventions de l'espèce ont donc pour objet de favoriser le crédit du mari, ou plutôt de rétablir ce crédit qu'une application rigoureuse des principes sur l'hypothèque légale aurait compromis ou même anéanti. Par là les tiers reprennent toute sécurité, car, subrogés aux droits de la femme et désormais rassurés contre les effets d'une hypothèque générale et occulte, ils peuvent traiter avec le mari sans crainte de voir, le cas échéant, leur gage hypothécaire complétement absorbé par cette hypothèque dont ils

ont pu supposer l'existence, mais dont rien ne leur indique ni les effets ni la portée.

451. Est-ce à dire que la femme puisse toujours transmettre ainsi son droit hypothécaire? Non; et, à cet égard, le texte même de la loi de 1855 ne permet aucune hésitation. « Dans le cas, dit-elle, *où les femmes peuvent* céder leur hypothèque légale ou y renoncer...; » la loi suppose donc qu'il est des circonstances dans lesquelles la femme ne peut pas faire la cession ou la renonciation. Quelles sont ces circonstances? C'est là une question de capacité que la loi n'a pas résolue et qu'elle n'a pas voulu résoudre, parce qu'en ceci la pensée de ses rédacteurs a été de s'en référer aux principes généraux. En effet, l'article qui, dans le projet présenté au Corps législatif, correspondait à l'art. 9 de la loi, disait d'une manière tout absolue que « les femmes ne pourraient céder leurs droits à l'hypothèque ou y renoncer que par acte authentique, etc... » Mais la commission fit subir au projet un changement de rédaction que le Corps législatif a consacré ensuite, et ce changement de rédaction a eu pour objet précisément « de bien établir que la loi n'avait pas pour but de modifier en quoi que ce fût la législation relative aux droits de la femme mariée, en matière de cession ou de renonciation à une hypothèque légale (1). » C'est donc aux principes généraux qu'il faut se rattacher.

D'après cela, la femme ne peut céder l'hypothèque qui garantit ses reprises ou y renoncer, lorsqu'elle est mariée sous le régime dotal : toute subrogation qui serait consentie dans ce cas devrait être considérée comme entachée d'une nullité absolue; et nous ne faisons pas même d'exception pour le cas où les reprises garanties par l'hypothèque seraient purement mobilières. La nullité, dans ce cas, résulterait, non pas seulement de ce que l'hypothèque étant un droit immobilier, comme nous l'avons établi plus haut (*voy.* n° 328), la femme dotale serait liée par la disposition de l'art. 1554 du Code Napoléon, qui prohibe l'aliénation ou l'hypothèque des immeubles d'une manière générale, mais encore de ce que la dot mobilière elle-même, dans le dernier état de la jurisprudence, étant inaliénable aussi bien que la dot immobilière, au moins de la part de la femme, celle-ci ne pourrait faire une cession de l'hypothèque qui ne serait qu'une aliénation indirecte de la dot garantie par cette hypothèque. C'est, du reste, la solution qui domine en jurisprudence (2), et nous sommes d'autant plus disposé à l'adopter que, pour nous, la dot même mobilière, comme nous avons essayé de l'établir ailleurs (3), est inaliénable *en principe,* non-seulement de la part de la femme, mais encore de la part du mari, et que seulement, par

---

(1) *Voy.* le rapport de M. de Belleyme.

(2) *Voy.* Cour de cass., 28 juin 1810, 19 déc. 1827, 7 fév. 1843, 12 août 1846, 18 fév. et 26 août 1851 (*J. P.*, 1852, t. II, p. 12 et 13). *Voy.* aussi Riom, 26 prair. an 10; Paris, 1er juill. 1809; Agen, 31 janv. 1824; Rouen, 18 août 1829; Paris, 10 août 1831; Grenoble, 8 mars 1834; Caen, 13 juill. 1848; Rennes, 26 janv. 1849. — *Voy.* cependant Lyon, 16 juill. 1840.

(3) Voy. *Rev. crit.*, t. III, p. 655 et suiv.

rapport à celui-ci, le principe d'inaliénabilité doit fléchir en quelques points et ne pas lui faire obstacle dans l'exercice du droit d'administration qu'il tient de la loi.

Il en sera de même si, quoique mariée sous le régime de la communauté, la femme a mis, par son contrat de mariage, une portion de sa fortune sous la protection du régime dotal. Nous savons bien que quelques auteurs, parmi lesquels nous rencontrons Marcadé lui-même, ont très-énergiquement contesté la possibilité de fondre ensemble les deux régimes d'association conjugale établis par le Code Napoléon, et ont soutenu que l'inaliénabilité ne peut être imprimée sur une partie des biens de la femme qu'à la condition que le régime des époux soit le régime dotal; ou tout au moins que si les époux peuvent ajouter au régime de la communauté l'inaliénabilité des biens de la femme, ils ne le peuvent faire qu'en adoptant, quant à ces biens, le régime dotal (1). Mais nous avons soutenu, avec la presque unanimité des auteurs, dans le Traité du *Contrat de Mariage* que nous avons publié avec M. Rodière (t. I, n°s 78 et 79; t. II, n°s 5 et 785), et nous persistons à penser que les deux régimes peuvent être combinés et fondus entre eux, en ce sens que les époux peuvent stipuler, en se mariant sous le régime de la communauté, que les biens de la femme seront inaliénables comme sous le régime dotal. Cela étant, nous concluons que, dans une telle situation, la femme ne pourrait, pas plus que si elle était purement dotale, céder l'hypothèque garantissant ceux de ses biens qu'elle aurait ainsi frappés de dotalité : la raison de décider serait évidemment la même.

C'est ce qui a été reconnu dans un procès récent. Dans l'espèce, le contrat de mariage des époux stipulait le régime de la communauté, avec cette modification que la future se réservait, pour elle et pour ses héritiers, la faculté, en cas de renonciation à la communauté, de remporter, par privilége et préférence à tous créanciers de ladite communauté, ses apports et tout ce qu'elle justifierait lui être échu à quelque titre que ce fût, *et ce, même pour le cas où la future épouse se serait obligée avec son mari, et pour celui où elle aurait été condamnée.* La Cour de Caen et, après elle, la Cour de cassation, ont vu dans une convention ainsi faite *la stipulation d'un régime dotal partiel,* et, par suite, elles ont décidé que la femme ou ses héritiers avaient dû, en vertu de la clause et quant aux reprises auxquelles elle s'appliquait, être colloqués sur le prix des immeubles du mari, *même à l'exclusion des créanciers envers lesquels la femme avait contracté, avec son mari, une obligation solidaire, en les subrogeant dans le bénéfice de son hypothèque légale* (2).

Nous n'avons pas la pensée assurément de défendre la solution dans sa première partie, c'est-à-dire dans la supposition qui a fait considérer la clause comme renfermant la stipulation d'un régime dotal partiel. A notre sens, ce n'est pas sur une disposition aussi peu explicite que celle

(1) *Voy.* MM. Troplong (*Contr. de Mar.*, n°s 79 et 159), Battur (*Comm.*, t. II, n° 349), Marcadé (art. 1497, n° 4, et *Rev. crit.*, t. I, p. 224).

(2) Rej., 7 fév. 1855 (Dall., 55, 1, 114).

dont il s'agit ici que le régime dotal peut s'établir. Sans doute, l'art. 1392 du Code Napoléon n'impose pas de termes sacramentels pour constituer un tel régime, mais au moins exige-t-il une déclaration expresse : or, l'on ne trouve vraiment pas cette déclaration expresse dans une clause qui, envisagée d'après l'ensemble de la convention (art. 1161 du Code Napoléon), pouvait s'entendre autrement que comme impliquant une stipulation de dotalité; car il y avait une convention générale établissant la communauté réduite aux acquêts et, partant, une association dans laquelle la femme, soit qu'elle accepte la communauté (art. 1431 et 1483), soit qu'elle y renonce (art. 1494), a précisément le droit d'exiger du mari qu'il rende l'apport franc et quitte des dettes, même de celles auxquelles elle est personnellement obligée. Il est permis de penser que la convention ne disait rien de plus; et, très-certainement, la Cour de Caen, dont l'arrêt a été maintenu par la Cour de cassation, n'y aurait pas vu autre chose si elle n'eût cédé, dans cette circonstance, à une sorte de préjugé spécial à la Normandie, où les clauses de ce genre semblent avoir été imaginées pour reproduire autant que possible les dispositions de l'ancienne coutume normande. C'est un point que nous avons essayé de montrer ailleurs (1), et sur lequel il serait hors de propos d'insister ici. — Mais ce que nous prenons de la décision, c'est la conséquence dans laquelle elle se résume; et nous disons que, dès que la dotalité était admise en principe comme résultant de la clause, la conséquence devait être la nullité des subrogations consenties par la femme à son hypothèque légale, parce que la stipulation du contrat de mariage ainsi entendue devait être considérée comme emportant pour la femme incapacité de s'obliger sur le montant de ses reprises, et par cela même de céder l'hypothèque garantissant ces reprises ou d'y renoncer. A ce point de vue, la Cour de Caen avait raison de dire que le créancier subrogé objectait inutilement que non-seulement la femme s'était obligée envers lui, mais encore qu'elle lui avait cédé ses droits et reprises en le subrogeant dans l'effet de son hypothèque légale; car ce n'était là qu'un moyen d'exécution qui ne pouvait pas produire plus d'effet que l'obligation même dont il n'était que l'accessoire, sans quoi il aurait été trop facile d'éluder la clause du contrat de mariage, c'est-à-dire la dotalité dont les reprises de la femme étaient affectées.

452. Ce sont les seuls cas virtuellement réservés par l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, ceux dans lesquels la femme ne peut pas céder son hypothèque légale ou y renoncer : dans les deux situations, dans celle où il s'agit d'une dotalité partielle ajoutée au régime de la communauté pris pour base de l'association conjugale, comme dans celle où il s'agit de la dotalité stipulée d'une manière générale et absolue, l'indisponibilité des biens dotaux réagit sur la personne même et emporte une sorte d'incapacité ou plutôt une impuissance personnelle et légale telle que la femme ne peut en aucune manière, soit directement, soit indi-

(1) Voy. *Rev. crit.*, t. IX, p. 532 et suiv.

rectement, disposer de ces biens ou les aliéner. Mais c'est tout; et, dans toute autre situation, la femme mariée jouit d'une capacité générale de s'obliger qui lui permet de faire valablement les conventions dont il s'agit ici. Ainsi, mariée sous le régime de la communauté, elle peut incontestablement céder son hypothèque légale ou y renoncer; elle le peut également si l'exclusion de communauté a été établie sans stipulation du régime dotal; elle le peut encore dans le cas de séparation de biens conventionnelle; elle le pourrait même sous le régime dotal, en tant que l'hypothèque cédée par la femme garantirait des reprises de sommes non comprises dans la constitution dotale stipulée au contrat de mariage (1).

453. Disons plus : sous ce dernier régime, la cession de son hypothèque par la femme vaudrait d'une manière absolue, et même en tant que l'hypothèque garantirait les reprises dotales, si la femme s'était réservé, par son contrat de mariage, la faculté d'aliéner ses biens dotaux, de les hypothéquer, de traiter et transiger sur eux. Nous ne voulons pas dire assurément qu'en présence d'une réserve aussi étendue, toute obligation contractée par la femme emporte de plein droit affectation de ses biens dotaux à la sûreté de son engagement. La Cour de cassation, consacrant la doctrine exposée dans le Traité du *Contrat de Mariage* que nous avons publié avec M. Rodière (2), a décidé que, dans ce cas, le créancier auquel aucune hypothèque n'a été concédée par la femme ne peut poursuivre, sur les biens dotaux de celle-ci, l'exécution des obligations qu'elle a contractées à son profit (3). Mais lorsque la femme dotale, à laquelle son contrat de mariage a réservé des pouvoirs étendus, comme ceux que nous supposons ici, renonce expressément à son hypothèque légale au profit du créancier envers lequel elle s'oblige ou auquel elle garantit l'obligation contractée par son mari, nous disons qu'elle use précisément de la réserve contenue dans le contrat de mariage, et que par suite elle dispose en faveur du créancier des sûretés hypothécaires qu'elle tenait de la loi, même en tant que ces sûretés garantissaient ses reprises dotales. La jurisprudence n'est cependant pas unanime; il y a des arrêts en ce sens et des arrêts en sens contraire (4) : et la Cour de cassation paraît faire de ceci une question d'interprétation, car nous trouvons deux arrêts récents émanant l'un de la Chambre civile, l'autre de la Chambre des requêtes, et desquels il résulte : d'une part, que la clause d'un contrat de mariage qui permet à la femme dotale d'*aliéner* et *hypothéquer* ses biens dotaux peut, par interprétation de la volonté des parties, être considérée comme emportant au profit de la femme la faculté d'aliéner ses meubles aussi bien que ses immeubles, et *par suite de subroger dans son hypothèque légale;* d'une autre part,

(1) *Voy.* Riom, 22 déc. 1846 (Dev., 46, 2, 195).
(2) *Voy.* t. II, n° 502, p. 384.
(3) Req., 8 avr. 1849 (Dev., 49, 1, 385).
(4) *Voy.* Lyon, 30 janv. 1840; Caen, 18 nov. 1851 et 8 juin 1852 (*J. P.*, 1840, t. II, p. 270, et Rec. de Caen, 1851, p. 301). — Mais *voy.* Riom, 22 déc. 1846 (Dev., 46, 2, 195).

au contraire, que la faculté laissée par le contrat de mariage à une femme mariée sous le régime dotal de *vendre, échanger* et *hypothéquer* ses biens dotaux, ne comprend pas le droit de subroger un créancier de son mari dans les effets de son hypothèque légale (1). Nous croyons qu'en l'entendant ainsi, la Cour de cassation abdique son autorité. Lorsque la femme dotale se réserve d'une manière générale le droit d'aliéner ses biens dotaux et de les hypothéquer, il y a une dérogation formelle, par le contrat de mariage, au principe de l'inaliénabilité de la dot. Il en doit être de cette dérogation comme de celle que la loi crée elle-même dans certains cas déterminés, par exemple lorsqu'il s'agit de l'établissement des enfants (Code Napoléon, art. 1555 et 1556), ou de tirer le mari ou la femme de prison, de fournir des aliments à la famille, etc. (art. 1558). Or la Cour de cassation elle-même décide, *en principe,* que le pouvoir de donner ses biens dotaux, avec l'autorisation de son mari, conféré à la femme par la loi, par exemple pour l'établissement de leurs enfants communs, peut s'exercer par tous les moyens directs ou indirects de nature à procurer ou à faciliter cet établissement, et spécialement au moyen de la renonciation par la femme à son hypothèque légale pour garantie d'une obligation contractée en vue de l'établissement des enfants (2). C'est aussi *en principe* que la question doit être résolue lorsque le pouvoir d'aliéner et d'hypothéquer est réservé à la femme par son contrat de mariage, et elle doit être résolue dans le sens de la subrogation, d'une part parce qu'alors aussi il y a dérogation au principe de l'inaliénabilité de la dot, et, d'une autre part, parce qu'il est plus que difficile de comprendre qu'ayant toute capacité pour hypothéquer son immeuble dotal, la femme n'eût pas par cela même capacité pour céder son hypothèque légale ou y renoncer (3).

454. Du reste, dans tous les cas où la femme peut céder son hypothèque légale ou y renoncer, il faut, sous le rapport de la forme qui seule nous occupe en ce moment, distinguer la cession ou la renonciation consentie par la femme de la restriction d'hypothèque prévue et réglée par les art. 2144 et 2145 du Code Napoléon. Dans ce dernier cas, il s'agit pour le mari d'obtenir l'affranchissement d'une partie de ses biens de l'hypothèque générale qui les grève tous, et de faire restreindre cette hypothèque aux immeubles suffisants pour la conservation entière des droits de la femme. La loi, alors, veut protéger la femme contre sa propre faiblesse, et, craignant les effets de l'influence maritale, elle ne croit pas pouvoir se contenter du consentement de la femme; elle exige, en outre, l'avis de ses quatre plus proches parents et l'homologation de la justice. (Voy. *infrà* notre commentaire des art. 2144 et 2145.) Ces formalités ne sont pas requises pour la validité des cessions et renonciations dont nous parlons ici, quoi qu'en aient dit quelques arrêts

(1) Req., 1er juin 1853 (*J. P.*, 1853, t. II, p. 521); Rej., 16 déc. 1856 (*J. P.*, 1857, t. I, p. 328).
(2) Req., 1er avril 1845 (*J. P.*, 1845, t. I, p. 555). *Conf.* M. Troplong (*Cont. de mar.*, n° 3352).
(3) *Voy.*, en ce sens, MM. Bertauld (*loc. cit.*, n° 39), Martou (n° 931).

qui, entrant dans un système de distinctions et se déterminant par des appréciations de faits très-difficilement appréciables, ne déclarent la subrogation dispensée des formalités dont il s'agit qu'autant que la femme est obligée, ou au moins qu'elle est *intéressée,* à l'acquittement de l'obligation garantie par la subrogation (1). Il faut dire, au contraire, et d'une manière absolue, qu'il n'y a nullement à considérer l'intérêt que peut avoir la femme au payement des créanciers subrogés : dès qu'elle cède son hypothèque légale à un tiers, soit qu'elle s'oblige elle-même, soit que son mari s'oblige seul, les art. 2144 et 2145 ne sont plus à considérer, car ils sont écrits en vue d'une autre hypothèque, qui est la réduction d'hypothèque consentie pendant le mariage *au profit du mari seul;* il suffit, dans celle-ci, qu'il s'agisse de contrats sincères, que la femme consente et qu'elle soit assistée de son mari ou dûment autorisée (Code Napoléon, art. 217) (2).

Toutefois, il faut que la femme consente en connaissance de cause et en vue d'une affaire spéciale et déterminée. Toute subrogation que le mari aurait consentie au nom de la femme, en vertu d'une procuration générale, manquerait du caractère de spécialité exigée pour sa validité (3).

455. La convention par laquelle la femme abandonne, conditionnellement au moins, ses sûretés hypothécaires, en tout ou en partie, au profit de ses créanciers ou de ceux de son mari, affecte, dans la pratique, des formes diverses. En général, cependant, la convention s'établit et se noue au moyen d'une cession ou d'une renonciation : c'est ce que la loi du 23 mars 1855 résume dans l'art. 9 ci-dessus reproduit, en nous disant : « Dans le cas où les femmes peuvent *céder* leur hypothèque légale ou y *renoncer,* cette *cession* ou cette *renonciation* doit être faite par acte authentique... » Au fond, la cession et la renonciation se rapprochent entre elles par bien des points; on peut dire même qu'elles sont équivalentes : nous le verrons bientôt en nous occupant des effets de la convention. Mais, quant à présent, arrêtons-nous à la forme et précisons quelques points qui se rattachent, sous ce rapport, aux deux hypothèses prévues par la loi.

456. La convention se produit d'abord en la forme d'une cession. L'objet alors en peut être plus ou moins étendu. A cet égard, il faut se reporter à ce que nous avons dit plus haut en traitant de la nature de l'hypothèque et de ses caractères (*suprà,* n° 334). On y a vu que la cession peut avoir pour objet, soit la créance elle-même, soit le droit

(1) *Voy.* Cass., 9 janv. 1822; Nancy, 24 janv. 1825; Paris, 11 déc. 1834. Les Cours de Metz et de Pau demandaient que la loi fût réformée en ce sens lors de l'enquête administrative de 1841. (Voy. *Doc. hyp.*, t. II, p. 279 et 329.)

(2) La jurisprudence et la doctrine paraissent maintenant fixées en ce sens. *Voy.* Cass., 28 juill. 1823, 24 janv. 1838 et 30 juill. 1845; Metz, 13 juill. 1829; Lyon, 13 avr. 1832, 21 déc. 1840; Bordeaux, 7 avr. 1834; Orléans, 28 fév. 1844; Douai, 20 mai 1851 (Dev., 44, 2, 540; 45, 1, 711; *J. P.*, 1852, t. I, p. 198). *Voy.* aussi MM. Duranton (t. XX, n° 72), Zachariæ (t. II, p. 198, note 19), Troplong (n° 602 et 643 *bis*).

(3) Cass., 18 mars et 10 mai 1840, 19 juin 1844 (*J. P.*, 1840, t. I, p. 424; t. II, p. 480; 1844, t. II, p. 349). — *Voy.* aussi M. Demolombe (t. IV, n° 207).

d'antériorité, soit simplement l'hypothèque détachée de la créance. Ce que nous avons dit là d'une manière générale s'applique spécialement aux subrogations à l'hypothèque légale.

457. Ainsi, la femme pourra céder à un tiers la créance qu'elle a sur son mari; c'est ce qui arrive lorsqu'elle déclare, dans une obligation, qu'elle fait cession, à titre de garantie, de ses reprises et droits matrimoniaux au profit du créancier envers lequel elle s'oblige : dans ce cas, l'hypothèque, simple accessoire, se trouve comprise dans la cession de la créance à laquelle elle continue de rester attachée. Le contraire a été soutenu, cependant, depuis la loi du 23 mars 1855, sous le prétexte que l'art. 9 de cette loi « ayant passé sous silence la cession des reprises matrimoniales fort connues des membres de la commission, et n'ayant parlé que de l'hypothèque légale, il y aurait là la condamnation implicite de cette cession (1). » On ne doit pas s'arrêter à cette opinion. La loi parle de la *cession de l'hypothèque légale* ou de la *renonciation* à cette hypothèque, parce qu'elle envisage l'effet de la convention, qui est, non pas l'extinction de l'*hypothèque,* mais le passage de cette sûreté des mains de la femme aux mains des créanciers subrogés; elle n'a pas eu autre chose en vue, et surtout elle n'a pas songé à proscrire tel ou tel des modes suivant lesquels la convention s'était produite jusqu'à elle. En ceci, comme en tout ce qui touche aux droits de la femme, les rédacteurs de la loi ont voulu s'abstenir de toute innovation; et ils l'ont déclaré de la manière la plus expresse (voy. *suprà,* n° 451). Or la femme majeure a certainement le droit, dans tous les cas où le régime matrimonial qu'elle a adopté n'y fait pas obstacle, de céder ses créances ou les reprises et droits matrimoniaux qu'elle a contre son mari. Supposez donc qu'elle use de ce droit. Direz-vous que l'hypothèque est éteinte? Non assurément, car l'obligation principale subsiste; seulement, elle a changé de mains. Et si l'hypothèque n'est pas éteinte, où donc peut-elle être, si ce n'est avec cette obligation principale qu'elle garantit?...

458. Au lieu de céder sa créance, la femme pourra céder son droit d'antériorité; c'est ce qui arrive toutes les fois que, traitant avec un créancier *hypothécaire* de son mari, elle consent, à titre de garantie, à faire profiter de son rang hypothécaire de femme mariée la créance garantie, et à voir, quoique postérieur en date, ce créancier payé avant elle, sur le prix des immeubles appartenant à son mari. Ainsi, Paul et Eugénie se sont mariés le 20 janvier 1850; Eugénie a par conséquent, à raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales, une hypothèque légale qui prend rang à cette date (art. 2135). Au mois de janvier 1851, Paul emprunte 10,000 fr. à Joseph, et lui confère une hypothèque qui est inscrite immédiatement; au mois de mars suivant, il obtient une autre somme de 10,000 fr. de Pierre, qui prend aussi inscription sans retard; enfin, au mois de juillet 1851, il a besoin de 10,000 fr. encore et les emprunte à Jacques. Mais celui-ci, craignant de ne pas trouver

(1) *Voy.* M. Grosse (*Comm.*, ou *Expl.*, *au point de vue pratique, de la loi du 23 mars 1855,* n° 274).

un gage suffisant dans les immeubles de Paul, à raison des charges dont ils sont grevés, ne consent pas à prêter si Eugénie n'intervient à l'acte et ne se démet en sa faveur des préférences que lui donne son hypothèque légale. Eugénie consent, et, en conséquence, en même temps que son mari confère à Jacques une hypothèque conventionnelle pour lui assurer le remboursement de ses 10,000 fr., elle déclare que pour ces 10,000 fr. elle cède à Jacques le droit d'antériorité résultant de son hypothèque légale. La convention ainsi arrêtée, Jacques prend, à la date du 20 juillet 1851, les inscriptions nécessaires à la conservation de son droit. Dans cette position, si les immeubles de Paul sont expropriés, la collocation sera faite de telle manière que Jacques prendra, à raison de ses 10,000 fr., la place d'Eugénie et passera avant Eugénie elle-même et avant Joseph et Pierre, bien que ceux-ci aient obtenu une hypothèque conventionnelle antérieure à celle de Jacques. — Telle est la cession d'antériorité; elle constitue, on le voit, une simple interversion de rang entre la femme qui cède le sien et le créancier dont elle vient prendre la place, et, par conséquent, elle suppose nécessairement que le cessionnaire est lui-même créancier *hypothécaire*, c'est-à-dire que, le cas échéant où les immeubles du mari seraient vendus ou expropriés, le cessionnaire aurait de son chef un *rang* parmi les créanciers ayant *un droit de préférence* sur le prix. C'est de toute évidence, puisqu'il n'est pas possible de concevoir une convention d'antériorité, une convention impliquant interversion de rang, entre deux personnes dont l'une n'a pas aussi bien que l'autre, au moment de la convention, un rang à donner en échange de celui qu'elle reçoit.

459. Enfin, la femme pourra, en conservant sa créance, céder son hypothèque seulement : c'est ce qui arrive lorsque l'hypothèque légale est détachée de la créance, qui, d'hypothécaire qu'elle était, peut être réduite par l'insuffisance du gage aux simples effets d'une créance chirographaire, par cela seul que l'hypothèque légale va s'adjoindre à une autre créance, qui, par emprunt, cesse d'être chirographaire pour devenir hypothécaire. Par exemple, Paul a conféré diverses hypothèques sur ses immeubles; plus tard, ayant son fils à établir, il manque d'argent pour cela, et je lui prête une somme de 10,000 fr., sans stipuler aucune sûreté particulière. Mais Eugénie, femme de Paul, ne veut pas que cette dette de son mari, qui jusqu'à un certain point est aussi la sienne puisqu'elle a eu pour cause l'établissement de leur enfant commun, coure le risque de rester impayée; en conséquence, elle me cède l'hypothèque garantissant ses reprises sur son mari. Dans cette situation, si Paul vend ses immeubles ou s'il est exproprié, il arrivera que je serai payé par préférence à ses créanciers hypothécaires, en tant que ces créanciers seraient primés par l'hypothèque légale d'Eugénie, qui, assimilée dans l'ordre à un créancier sans hypothèque dans la mesure de mes 10,000 fr., et ne pouvant s'indemniser au préjudice des autres créanciers inscrits, n'aura droit au prix, au moins quant à ces 10,000 fr. (*infrà*, n° 480), qu'autant qu'il en restera quelque chose après l'acquittement des charges hypothécaires.

Telle est la cession d'hypothèque. Par où l'on voit que l'un des commentateurs de la loi récente du 23 mars 1855 se méprend lorsque, après avoir expliqué que la cession d'hypothèque est sanctionnée par l'art. 9 de cette loi, et qu'elle est à l'abri de tout reproche pourvu qu'elle soit faite dans les cas où la femme a capacité pour la consentir, il aboutit à cette conclusion, que la cession ne vaudrait pas si la créance du cessionnaire était purement cédulaire (1). Ceci est tout bonnement contradictoire, ou plutôt c'est une confusion manifeste dans laquelle on évitera de tomber dès qu'on songera que la cession d'hypothèque est autre chose que la cession d'antériorité, et que l'un des côtés par lesquels l'une se distingue de l'autre, c'est précisément que la première peut avoir lieu en faveur d'un créancier simplement chirographaire, tandis que la seconde ne peut être faite qu'au profit d'un créancier qui, ayant déjà une hypothèque, est en mesure d'échanger le rang qu'il tient de cette hypothèque avec celui qui appartient à l'hypothèque de son cédant (2).

460. La subrogation à l'hypothèque légale peut se produire, en second lieu, par la voie de la simple renonciation. C'est la seconde hypothèse prévue ou indiquée dans l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855. La loi suppose que la femme, au lieu de faire de son hypothèque l'objet d'une cession directe, se borne à y renoncer en faveur d'un créancier du mari, et, consacrant encore en ceci les données de la pratique, elle tient la renonciation comme impliquant subrogation à l'hypothèque légale de la femme renonçante. Mais il y a ici deux points à préciser : l'un qui touche à la qualité des personnes au profit desquelles la renonciation peut être faite; l'autre, infiniment plus grave, qui a trait à la forme et aux actes constitutifs de la renonciation.

461. Sous le premier rapport, on s'est demandé si la renonciation par la femme à son hypothèque légale pourrait être faite en faveur d'un créancier, même chirographaire, du mari. Les savants annotateurs de Zachariæ, MM. Aubry et Rau, se prononcent pour la négative. Selon eux, le créancier purement chirographaire au profit duquel la femme aurait renoncé à son hypothèque légale n'acquerrait aucun droit d'hypothèque par suite de cette renonciation, qui ne lui conférerait qu'un droit personnel contre la femme, en sorte que tous les créanciers chirographaires au profit desquels auraient eu lieu de pareilles renonciations se trouveraient sur la même ligne, quelle que fût la date de la renonciation dont ils se prévaudraient. Et au contraire, si la femme renonçait à l'hypothèque légale dans l'intérêt d'un créancier hypothécaire du mari, la renonciation emporterait virtuellement, en faveur de ce créancier, cession de la priorité du rang hypothécaire appartenant à la femme, en telle sorte que le droit de priorité qui ferait l'objet de cette cession, venant s'incorporer à un droit d'hypothèque préexistant, participerait nécessairement de la nature de ce droit réel, et dès lors la femme ne

(1) *Voy.* M. Grosso (*loc. cit.*, n°s 275 et 276).

(2) *Voy.* MM. Martou (n° 932), Benech (*le Nantissement appliqué aux droits de la femme*, p. 40, 41).

pourrait plus en neutraliser les effets par de nouvelles renonciations (1). Zachariæ, quant à lui, paraît là-dessus d'un avis différent lorsqu'il dit « que la femme mariée sous tout autre régime que le régime dotal perd le bénéfice de son hypothèque légale... *lorsqu'elle y a renoncé au profit de l'un ou de plusieurs des créanciers du mari* (2), » proposition dont aucune réserve ne limite la portée, et qui, par sa généralité même, paraît exclure toute distinction entre le cas où la renonciation de la femme est faite dans l'intérêt d'un créancier hypothécaire et celui où elle a lieu au profit d'un créancier chirographaire. — Quoi qu'il en soit, nous pensons qu'il n'y a pas, en effet, de distinction possible. La renonciation que la femme peut faire en faveur du créancier hypothécaire du mari, elle la peut faire également au profit d'un créancier chirographaire : il n'y a aucune impossibilité légale, évidemment, à ce que l'hypothèque que la femme délaisse par sa renonciation aille s'adjoindre à une créance purement cédulaire. La *renonciation* de la femme à son hypothèque légale n'est pas nécessairement l'équivalent de la *cession d'antériorité* dont nous parlions tout à l'heure; elle peut être assimilée, soit à la *cession de la créance* hypothécaire de la femme, soit à la *cession de l'hypothèque* seulement. Or nous savons que l'une et l'autre cession peuvent être faites dans l'intérêt de tous créanciers du mari, des créanciers chirographaires aussi bien que des créanciers hypothécaires (3).

462. Sous le second rapport, nous avons à dire que la renonciation, opérant subrogation à l'hypothèque légale de la femme, peut être expresse ou tacite. Bien que la loi du 23 mars 1855 n'admette plus de subrogation qu'autant qu'elle résulte d'un acte *authentique,* comme on l'a vu par le texte ci-dessus reproduit, les deux modes sont maintenus, et, après comme avant la loi de 1855, il est vrai de dire que la femme peut renoncer à son hypothèque légale en faveur des créanciers du mari, soit expressément, soit tacitement, à la condition, dans l'un et l'autre cas, que l'acte constatant la renonciation, ou duquel on veut l'induire, soit en la forme authentique. (Voy. *infrà,* n°s 468 et 469.)

Lorsque la renonciation est expresse, il n'y a pas d'équivoque possible; aucun doute ne peut s'élever, nous ne dirons pas sur les *effets* de la renonciation (nous verrons tout à l'heure, en parlant des effets de la subrogation, que rien n'a donné lieu à plus de discussions que cela), mais sur son *objet.* Car on ne saurait se méprendre sur le but que les parties se proposent par un acte dans lequel la femme déclare expressément qu'elle renonce en faveur de tel ou tel créancier à l'hypothèque qu'elle a sur les biens de son mari; il est clair que par là elle se démet des sûretés hypothécaires qu'elle tient de la loi.

Il en est autrement en ce qui concerne la renonciation tacite. La renonciation est alors dans le domaine de l'induction; il faut apprécier l'acte duquel on prétend la faire résulter et décider si les engagements

(1) *Voy.* MM. Aubry et Rau sur Zachariæ (t. II, p. 214, note 2).
(2) *Voy.* Zachariæ (t. II, p. 130).
(3) *Voy.* MM. Bertauld (*loc. cit.*, n° 17) et Benech (*loc. cit.*, n° 22).

qui y sont pris par la femme impliquent de sa part la volonté de renoncer à son hypothèque légale et d'y subroger tacitement le créancier vis-à-vis duquel elle s'est engagée. Cette nécessité d'interprétation ne pouvait manquer de susciter de très-graves difficultés. Cependant, quelque vive qu'ait été la controverse, elle s'est renfermée dans un champ assez restreint : et cela tient à ce que, en général, les circonstances d'où l'on a induit ou d'où l'on a tenté d'induire, dans la pratique, la renonciation à l'hypothèque légale, sont, en définitive, peu nombreuses, et se sont reproduites à peu près invariablement : c'est toujours, ou l'obligation solidaire de la femme, ou son concours, soit à la vente, soit à l'affectation hypothécaire d'un immeuble du mari ou de la communauté, ou enfin son intervention à une obligation prise par le mari avec affectation hypothécaire, sans concours, de sa part à elle, à la constitution de l'hypothèque. — Reprenons ces circonstances, en suivant les vicissitudes qu'elles ont éprouvées tour à tour dans la jurisprudence.

463. Lorsque la femme s'oblige solidairement avec son mari envers un créancier auquel il n'est pas donné d'hypothèque, il est clair qu'il n'y a pas lieu de lui prêter nécessairement la pensée qu'elle renonce à son hypothèque légale; elle peut être déterminée par le désir de consolider le crédit de son mari ou d'y ajouter en lui apportant le concours de son propre crédit. Il a été décidé pourtant, à plusieurs reprises, et par la Cour de cassation elle-même, que la subrogation à l'hypothèque légale de la femme qui s'oblige solidairement avec son mari résulte de la nature même de l'engagement solidaire contracté par la femme; qu'une telle obligation équipolle à une cession des droits hypothécaires de la femme sur son mari, tellement que la femme ne peut plus rien faire au préjudice du créancier envers lequel elle s'est obligée, soit en usant elle-même de son hypothèque légale, soit en en transférant le bénéfice à un autre créancier (1). La jurisprudence, en cela, méconnaissait assurément, et de la manière la plus grave, la portée d'une obligation qui, pour être solidaire, ne cesse pas d'être personnelle : à ce dernier titre, l'obligation peut bien conférer au créancier envers lequel elle est prise le droit de gage général résultant des art. 2092 et 2093 ci-dessus commentés (voy. *suprà*, nos 1-20); par suite, elle peut permettre à ce créancier d'exercer les droits de la femme, sa débitrice, dans l'ordre ouvert sur le prix des biens du mari, et de concourir avec tous les autres créanciers chirographaires dans la répartition du montant de la collocation; mais, à coup sûr, elle laisse intacts, entre les mains de la femme, les droits résultant de son hypothèque légale, et n'implique en aucune façon renonciation à cette hypothèque même vis-à-vis du créancier envers lequel la femme s'est personnellement obligée. Aussi la jurisprudence s'est-elle bientôt ravisée; et aujourd'hui elle décide invariablement que l'obligation personnelle et solidaire de la femme avec son

(1) *Voy.* Limoges, 2 juin 1823; Rej., 17 avr. 1827 et 2 avr. 1829; Lyon, 24 mai 1850 (Dev., 50, 2, 532). *Voy.* aussi Rej., 31 mai 1826; Bourges, 4 mars 1831 (Dall., 31, 2, 167).

mari n'entraîne pas subrogation du créancier dans l'hypothèque légale de la femme (1), et même que le jugement de condamnation que ce créancier pourrait obtenir plus tard contre le mari et la femme, et qui lui conférerait contre eux l'hypothèque judiciaire, ne lui ferait pas acquérir cette subrogation (2). Cette jurisprudence est soutenue par la généralité des auteurs (3); elle est on ne peut mieux fondée; il y a lieu de la regarder comme définitivement établie.

464. Au contraire, lorsque la femme vient à l'acte et s'y oblige solidairement avec son mari *qui confère une hypothèque sur ses biens,* et par conséquent sur des biens grevés de l'hypothèque légale de la femme, il y a renonciation tacite. Dans ce cas, ce pourra être une question de savoir si cette obligation n'est pas l'équivalent d'une cession expresse et directe de l'hypothèque légale, et si elle emporte de plein droit subrogation du créancier à l'hypothèque légale de la femme sur les biens du mari, ou si elle a uniquement pour effet d'entraîner une simple renonciation de la part de la femme à la priorité du rang de l'hypothèque légale sur l'hypothèque conventionnelle consentie par le même acte au profit du créancier. Il existe là-dessus un grave dissentiment sur lequel nous nous expliquerons tout à l'heure en traitant des effets de la subrogation (voy. *infrà,* nos 476 et 477). Mais, en définitive, sur le point qui nous occupe ici, en ce qui touche à l'appréciation des circonstances ou des actes impliquant renonciation de la part de la femme à son hypothèque légale, il n'y a pas d'équivoque possible, et il n'y a pas non plus de controverse. Il est bien évident que la femme renonce dans une mesure quelconque à son hypothèque, ou qu'elle est réputée y renoncer, par le fait même, lorsqu'elle vient s'engager solidairement avec son mari dans un acte par lequel celui-ci confère hypothèque à son créancier; il ne saurait plus lui être permis, dans ce cas, de faire quoi que ce soit de nuisible aux droits dont, par l'effet de son obligation solidaire, elle a garanti l'exercice au créancier envers lequel elle s'est engagée, et, si elle voulait exercer son hypothèque au préjudice de celle qui a été conférée à ce créancier, elle serait inévitablement repoussée par la maxime *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Il y a donc là une renonciation tacite, une renonciation dont les effets seront plus ou moins étendus suivant que l'on prendra l'un ou l'autre des deux partis qui divisent la doctrine et la jurisprudence, mais qui n'en est pas moins une renonciation. Cela résulte, d'ailleurs, de l'ensemble de la jurisprudence (4). Nous ne pouvons qu'en adopter la solution; et,

---

(1) Colmar, 23 août 1842; Orléans, 24 mai 1848 et 12 juill. 1854; Paris, 8 avr. 1851 et 8 avr. 1853 (*J. P.*, 1843, t. I, p. 107; 1848, t. II, p. 57; 1851, t. II, p. 231; 1856, t. I, p. 181 et 185).

(2) Cass., 27 nov. 1834, et Paris, 2 janv. 1836 (Dev., 36, 2, 149).

(3) *Voy.* MM. Duranton (t. II, n° 143), Troplong (n° 603), Gauthier (*De la Subrog. de pers.*, n° 585), Benech (*loc. cit.*, n° 24).

(4) *Voy.* Angers, 19 juin 1823; Bourges, 19 mai 1823; Metz, 4 juin 1822; Req., 15 juin 1825; Amiens, 17 mars 1823, 10 déc. 1846 et 11 mars 1854; Lyon, 15 mars 1847; Caen, 9 fév. 1853; Paris, 24 août 1853; Req., 8 avr. 1854; Metz, 22 janv. 1856; Rej., 4 fév. 1856 (*J. P.*, 1847, t. II, p. 99; Dev., 48, 2, 230; 53, 2, 545; 54, 1, 521;

d'accord avec elle, nous n'admettons pas la distinction proposée par M. Benech, entre le cas où la femme prend part elle-même à la constitution de l'hypothèque sur les biens de son mari et celui où elle se borne à s'engager solidairement avec son mari dans l'acte par lequel celui-ci confère l'hypothèque (1). Dès que le concours de la femme et son engagement solidaire, dans le second cas, impliquent renonciation à l'hypothèque légale, il est évident que la renonciation tacite doit résulter *à fortiori* de son concours et de son engagement dans le premier. A la vérité, la femme, dans ce cas, confère hypothèque sur des biens dont elle n'est pas propriétaire, et en cela il y a contravention à l'art. 2125; de plus, elle serait, comme le dit M. Benech, dans la voie périlleuse du stellionat, si le mari ne ratifiait pas immédiatement (art. 2059 du Code Napoléon). Mais cela ne saurait affaiblir en rien l'induction qui se tire du concours de la femme; car, supposez que l'affectation par elle consentie soit sans aucune valeur, qu'elle ne vaille pas même comme garantie de l'obligation hypothécaire consentie par le mari, il restera toujours que la femme aura concouru à l'acte par lequel le mari a affecté hypothécairement des immeubles qui, étant sa propriété, ont été affectés valablement par lui; il restera toujours qu'elle se sera obligée solidairement par l'acte même. Or, de l'aveu de tous, et de M. Benech lui-même, ce concours et cette obligation solidaire, accompagnant la constitution d'hypothèque par le mari, suffisent et supposent à eux seuls la renonciation.

465. Enfin, ce que nous disons du concours de la femme à un engagement pris par le mari avec un créancier, il faut le dire, *en thèse générale,* de son concours à un contrat de vente passé par le mari avec un acquéreur. En effet, lorsque la femme concourt à la vente d'un immeuble grevé de son hypothèque légale, il est difficile, en thèse générale, de voir là autre chose qu'une renonciation. On pourra bien discuter, et l'on discute en effet, sur l'étendue de cette renonciation; on pourra contester, et l'on conteste en effet, qu'elle soit absolue, et notamment qu'elle agisse même vis-à-vis des créanciers inscrits sur l'immeuble aliéné, et qu'elle enlève à la femme le droit qu'elle a de se faire payer *par préférence* sur le *prix* dû par l'acquéreur (question que nous discutons *infrà,* n° 485, en traitant des effets de la subrogation); mais vis-à-vis de l'acquéreur et quant au droit de *suite,* on ne conteste pas en général, et l'on admet que la renonciation est certaine et efficace. C'est l'application de la loi 11, ff. *Quibus modis pignus solvitur,* où l'on voit que la femme qui consent à l'acte par lequel le mari constitue à sa fille une dot hypothéquée sur les biens déjà soumis à l'hypothèque légale, est censée faire remise de son hypothèque sur ce bien; ou encore, c'est l'application de la règle plus générale posée dans la loi 158, ff. *De reg.*

Dall., 54, 2, 20; 56, 1, 61; 2, 152). — *Voy.* aussi MM. Troplong (n° 599 et 603), Gauthier (*loc. cit.*), Mourlon (*Des Subrogat.*, p. 612), Duranton (t. XX, n° 301), Benech (*loc., cit.*, n° 26), Bertauld (*loc. cit.*, n° 2 et suiv., et n° 51). — *Junge :* Paris, 31 mars 1853; Rej., 26 juin 1855 (Dev., 53, 2, 337; 55, 1, 670).

(1) *Voy.* M. Benech (*loc. cit.*, n° 25).

jur., d'après laquelle « *creditor, qui permittit rem venire, pignus demittit* (1). »

Mais, nous l'avons fait pressentir, la renonciation même renfermée dans ces limites ne doit s'induire de l'acte d'aliénation que si le concours de la femme à cet acte ne peut pas s'expliquer autrement qu'en lui supposant la volonté de ne pas se prévaloir de son droit hypothécaire vis-à-vis de l'acquéreur. Lorsque la présence de la femme au contrat de vente s'explique par des considérations particulières, lorsqu'elle a une cause spéciale qui révèle l'intérêt tout personnel qu'a la femme à concourir au contrat, sa présence et son concours ne sauraient lui être opposés par l'acquéreur comme impliquant renonciation au droit hypothécaire.

La Cour de cassation s'est prononcée récemment en ce sens (2). Dans l'espèce, les époux du Saillant avaient déclaré, par une des clauses de leur contrat de mariage, en date du 7 novembre 1763, « donner à titre de donation pure et simple, entre-vifs, la moitié de tous et chacun leurs biens, meubles et immeubles, droits, noms, raisons et actions, présents et à venir, exempts de toutes dettes et autres charges, même de la légitime des enfants, à celui des enfants mâles provenus de leur mariage qu'il leur plairait de choisir et nommer, pour recueillir leur donation. » — En 1809, le père, donateur, vendit à son fils aîné ses terres du Saillant et de Comborn; et plus tard, le 25 septembre 1810, les père et mère se réunirent pour désigner par un acte le même enfant comme bénéficiaire de la donation du 7 novembre 1763, et pour lui faire démission de tous leurs droits sur les terres du Saillant et de Comborn. En cet état, un ordre s'ouvrit pour la distribution de la somme de 120,000 fr., prix moyennant lequel les terres du Saillant et de Comborn avaient été vendues au fils aîné. La mère, alors veuve, fut colloquée, en vertu de son hypothèque légale, pour la somme qui formait la valeur non employée de sa dot. Mais sa collocation fut contestée par les ayants droit du donataire, qui, après avoir formé une action tendante à être déclarés propriétaires, en vertu de la donation du 7 novembre 1763 et de l'acte du 25 septembre 1810, de la totalité des terres dont le prix était en distribution, tentèrent d'écarter l'hypothèque légale de la mère donatrice, en ce que celle-ci avait renoncé à cette hypothèque en tant que frappant les immeubles litigieux, par sa présence au contrat de mariage qui renfermait la donation entre-vifs de la moitié des biens des époux à celui des enfants à naître qu'ils choisiraient, et par sa présence à l'acte ultérieur où le fils aîné avait reçu, en vertu de la donation paternelle, les terres du Saillant et Comborn. On invoquait à l'appui de cette prétention la loi ci-dessus citée, *Quibus modis pignus solvitur;* on excipait de l'analogie du cas prévu par cette loi avec l'espèce, en ce que la mère donatrice non-seulement assistait, mais concourait à la donation faite en commun par les époux; on argumentait de ce que la même

(1) *Voy.* Paris, 17 mars 1834; Amiens, 3 mars 1853 et 16 fév. 1854 (Dall., 34, 2, 121; 54, 5, 427, et 2, 148); Rej., 6 nov. 1855 (Dev., 56, 1, 235).

(2) Req., 30 juin 1856 (Dall., 57, 1, 93).

règle est admise par notre droit, qui ne tolère pas que le créancier qui a figuré comme partie contractante à un acte de donation puisse ensuite y porter atteinte par l'exercice de ses droits hypothécaires. Toutefois ce système fut rejeté, et il devait l'être. La prescription de la loi romaine, a dit la Cour de cassation en toute raison et en toute justice, est fondée sur ce que le consentement de la femme, n'étant pas nécessaire pour la constitution de la dot, n'est intervenu que pour remettre l'hypothèque; mais cette raison disparaît lorsque la présence de la femme au contrat a des motifs manifestement étrangers et contraires à cette prétendue renonciation; or telles ont été les circonstances de la cause. L'acte dans lequel on a prétendu trouver une renonciation tacite, dans l'espèce, est précisément le contrat de mariage dans lequel la dot de la femme prétendue renonçante était constituée; on doit présumer dès lors qu'ayant figuré à cet acte comme future épouse, c'était pour établir ses droits plutôt que pour y renoncer. A la vérité, dans ce même acte, les futurs époux font donation de la moitié de tous leurs biens présents et à venir; mais ces deux donations, bien qu'elles soient simultanées, sont cependant distinctes; la femme ne garantit en aucune manière la donation de son mari; son assistance, dans ce cas, emporte d'autant moins renonciation à son hypothèque que ses biens présents se bornaient à la dot garantie par son hypothèque légale : elle aurait donc invalidé sa donation si, en même temps qu'elle donnait la moitié de sa dot, elle avait renoncé à l'hypothèque qui en assurait le remboursement; et, dès lors, la donation contredit la renonciation tacite au lieu de la faire supposer.

Ces considérations sont décisives; elles montrent comment, en quel sens et dans quels cas le concours de la femme à l'acte d'aliénation emporte renonciation tacite à son hypothèque légale en faveur de l'acquéreur. Et sans insister davantage sur la renonciation considérée comme l'un des moyens à l'aide desquels peut se produire et se produit habituellement la subrogation à l'hypothèque légale de la femme, nous allons indiquer les conditions auxquelles une telle subrogation existe valablement aujourd'hui et produit ses effets.

466. La loi récente du 23 mars 1855 sur la transcription a innové particulièrement en ceci. Jusqu'à elle, les auteurs et la jurisprudence, qui, seuls, dans le silence du Code, avaient en quelque sorte organisé la matière, laissaient la convention affranchie de toute règle. Sans prendre garde que le premier intérêt engagé ici est celui de la femme, et qu'en tous cas elle avait besoin d'être protégée contre les abus possibles de l'influence maritale, ils ne prescrivaient aucune forme, et la femme pouvait céder son hypothèque légale ou y renoncer par acte sous seing privé aussi bien et non moins valablement que par acte authentique.

D'un autre côté, sans se pénétrer assez de cette pensée que les prérogatives dont jouit l'hypothèque légale sont attachées plutôt à l'état d'incapacité ou de subordination du créancier qu'à la nature de la créance, ils accordaient à la subrogation entre les mains du subrogé les mêmes avantages qu'à l'hypothèque légale entre les mains de la femme, en ce

qu'ils ne subordonnaient à aucune condition de publicité l'efficacité des subrogations consenties par la femme. Sans doute, le créancier subrogé avait toujours un intérêt puissant à faire connaître son droit, parce qu'à défaut de cela les immeubles pouvaient sortir à son insu des mains du mari, sans que, vis-à-vis de lui subrogé, les tiers acquéreurs fussent tenus en aucune manière; et, à cause de cela, il était d'usage que le créancier inscrivît à son profit ou dans la mesure de son droit l'hypothèque légale de la femme. Mais il n'était pas obligé de le faire; et la jurisprudence, se réglant sur les principes du Code, tenait que, toutes choses étant entières, le créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme était, comme celle-ci, dispensé de s'inscrire; qu'entre les créanciers subrogés la préférence se réglait par la date des subrogations, sans égard à l'antériorité du titre ou de l'inscription, et que les formalités de la purge indiquées par l'art. 2194 du Code Napoléon avaient seules pour effet de mettre la femme ou son subrogé en demeure de prendre inscription (1). De là ces inconvénients et ces dangers que la Faculté de droit de Strasbourg faisait ressortir lorsque, dans l'enquête administrative de 1841, elle disait : « ... Ce n'est pas tout; en rendant l'efficacité des subrogations consenties par la femme indépendante de toute inscription ou mention sur le registre hypothécaire, et en réglant la préférence entre divers créanciers subrogés, par la seule date de leurs actes de subrogation et sans égard au rang de leurs hypothèques, on expose les tiers à des déceptions inévitables. En effet, rien n'empêche qu'une femme qui aura déjà absorbé son hypothèque légale par des subrogations occultes ne puisse se procurer encore du crédit en offrant à d'autres capitalistes de les associer au bénéfice de cette hypothèque. Aussi arrive-t-il tous les jours que des créanciers qui croyaient avoir obtenu une sûreté complète par la subrogation à l'hypothèque de la femme voient cette garantie s'évanouir devant des subrogations antérieures. »

Tel était l'état des choses : on s'en est vivement préoccupé à toutes les époques où il a été question de la réforme hypothécaire; et la loi nouvelle n'a fait à cet égard que mettre en œuvre et réaliser les moyens qui, à ces diverses époques, étaient proposés dans un double intérêt, celui de la femme et celui des tiers, que l'ancien état des choses compromettait à la fois. — En premier lieu, elle a voulu que la femme désormais ne pût céder son hypothèque légale ou y renoncer que par acte authentique. Ensuite elle a fait de la faculté qu'avait tout créancier subrogé de prendre inscription à son profit une condition nécessaire de la conservation de son droit, et à cette inscription, dont l'objet unique avait été jusqu'à la loi nouvelle de révéler l'existence des droits du subrogé, de les rendre publics, elle a assigné un double effet : d'un côté, celui d'opérer une sorte de saisine, en consolidant sur la tête du subrogé, à l'égard des tiers, la cession ou la renonciation faite à son profit; d'un

(1) Le dernier état de la jurisprudence sur ce point se trouve résumé dans un arrêt de la Cour de cassation qui a précédé de quelques mois seulement la publication de la loi sur la transcription. *Voy.* Req., 13 nov. 1854 (Dev., 55, 1, 193). — *Voy.* aussi Metz, 22 janv. 1856 (*J. P.*, 1856, t. I, p. 377); Req., 4 fév. 1856 (Dall., 56, 1, 61).

autre côté, celui de fixer, en cas de concours de plusieurs cessions, l'ordre dans lequel tout créancier exercera les droits hypothécaires de la femme auxquels il a été subrogé. — Ainsi dispose l'art. 9, dont le texte a été ci-dessus reproduit (n° 449).

467. Notons ceci tout d'abord : bien qu'il ait eu en vue aussi l'intérêt de la femme, cet article, il faut le dire, a eu particulièrement pour objet la sûreté des créanciers. C'est donc à l'égard de ceux-ci que la publicité et l'authenticité sont exigées; l'inaccomplissement de ces conditions ne ferait pas obstacle à ce que la subrogation produisît ses effets entre la femme et le créancier subrogé. C'est ce qui a fait dire à M. Troplong que l'art. 9 n'a d'utilité et d'intérêt que lorsque la femme a fait plusieurs cessions successives, mais qu'il reste sans effet lorsqu'il n'y a qu'un seul cessionnaire (1).

Venons maintenant aux difficultés d'application de cet article, en réservant toutefois pour notre commentaire de l'art. 2153 celles qui touchent à la formalité de l'inscription, pour nous occuper seulement ici des difficultés tenant à la nature de l'acte qui désormais doit constater l'existence de la subrogation.

468. La loi ne retranche rien des moyens à l'aide desquels la subrogation peut se produire. Ainsi, elle aura lieu, soit par voie de cession, soit par voie de renonciation, et, après la loi du 23 mars 1855, la renonciation pourra, comme elle le pouvait avant, être expresse ou tacite. Mais il faudra, dans tous les cas, qu'elle résulte d'un acte authentique. L'authenticité de l'acte protégera la femme, qui aura pour se défendre le secours de formes solennelles, et, par-dessus tout, les avertissements et les conseils de l'officier public qui a reçu de la loi la mission d'imprimer aux actes le caractère de l'authenticité; elle protégera également les créanciers contre le danger des antidates. Il n'y a donc plus de subrogation possible ou, du moins, opposable aux créanciers, qu'elle ne soit authentiquement constatée. Ainsi, la subrogation se produit-elle par voie de renonciation, il faudra qu'elle ait lieu par acte authentique, soit qu'il s'agisse d'une renonciation expresse, soit qu'il s'agisse d'une renonciation tacite. Procède-t-elle par voie de cession, l'acte devra être authentique également quel que soit l'objet de la cession, que ce soit l'hypothèque seulement, le droit d'antériorité ou la créance hypothécaire elle-même.

469. En ce dernier point cependant, la proposition est vivement contestée. Selon quelques auteurs, les formalités de l'art. 9 n'auraient trait, d'après les termes mêmes de cet article, qu'à la *cession de l'hypothèque*. Celles qui sont prescrites pour la *cession de la créance* par la disposition de l'art. 1690 du Code Napoléon continueraient d'être observées. Ainsi, disent ces auteurs, la femme subroge-t-elle ou renonce-t-elle à son hypothèque légale, il faudra que le cessionnaire ou le subrogé ait en sa faveur un titre authentique et prenne une inscription à son profit, ou fasse faire une mention en marge de l'inscription existante, pour

(1) *Voy.* M. Troplong (*De la Transcr.*, n° 342). — *Junge :* MM. Rivière et Huguet n° 390). — *Voy.* cependant M. Mourlon (*Rev. prat.*, t. I, p. 289).

être saisi vis-à-vis des tiers. La femme cède-t-elle sa créance hypothécaire, il suffira d'un acte sous seing privé et d'une notification ou d'une acceptation par acte authentique. La loi du 23 mars 1855 n'a pas abrogé les principes du Code Napoléon sur ce dernier point (1). Nous cherchons à nous expliquer cette différence entre la cession de l'hypothèque et la cession de la créance. La femme qui cède sa créance hypothécaire ne cède-t-elle pas par cela même son hypothèque qui est l'accessoire de la créance, et dès lors ne fait-elle pas précisément la convention prévue par la loi, la convention que la loi ne permet plus d'opposer aux tiers qu'autant qu'elle est constatée par un acte authentique? On nous dit bien que dans la cession de la créance l'hypothèque n'est transmise que par voie de conséquence et comme accessoire du droit principal qui a été cédé; qu'il n'y a pas là deux actes distincts, deux cessions différentes, mais un seul acte, une seule cession, dont l'objet principal est la transmission de la *créance;* que c'est par l'objet principal d'une convention que se déterminent sa forme et ses solennités; et que les formalités relatives à la *cession de créance* étant réglées par le Code Napoléon, c'est à ce code qu'il se faut référer et non à la loi de 1855 qui ne parle que de la *cession d'hypothèque.*

Mais prenons-y garde : nous l'avons dit déjà, et nous le répétons, si l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 mentionne la cession d'hypothèque seulement, ce n'est pas qu'elle laisse à l'écart la cession de créance et la cession d'antériorité, c'est principalement qu'elle va contre ces tendances qui s'étaient manifestées dans la discussion sur la réforme hypothécaire (nous en avons rendu compte *suprà,* n° 334) et qui, ayant fini par prévaloir, s'étaient résumées à dire que « l'hypothèque isolée ne peut être la matière d'une vente ou d'une cession. » Or il est remarquable qu'à l'époque même où ces tendances avaient prévalu, les dispositions des projets qui n'admettaient la cession d'hypothèque que comme conséquence de la cession de la créance même dont l'hypothèque fait la sûreté, disaient en même temps que la créance hypothécaire ne pourrait être cédée que *par acte authentique* (2). Comment donc supposer que l'art. 9 de la loi de 1855, dont la pensée a été de donner à la femme le droit, non-seulement de céder sa créance hypothécaire ou son rang d'antériorité, mais encore de séparer la créance de l'hypothèque et de céder celle-ci en conservant celle-là, puisse, dans la disposition où il exige l'authenticité, être entendu en ce sens, que tandis que l'acte authentique serait indispensable pour la cession de l'hypothèque isolément, il en serait autrement et que l'acte sous seing privé suffirait dès que cette hypothèque serait transmise avec la créance et accessoirement par l'effet d'une cession dont l'objet principal serait cette créance? Il ne se peut pas évidemment que la loi soit tombée dans une telle contradiction.

(1) Ainsi s'expriment MM. Rivière et Huguet (n°° 393 et suiv.). *Voy.*, dans le même sens, MM. Rivière et François (n° 139).

(2) *Voy.* notamment l'art. 2142 du projet du Conseil d'État et le rapport de M. Bethmont, p. 47.

En définitive, la loi a voulu protéger à la fois et la femme et les tiers. Or, que la femme cède son hypothèque, son droit d'antériorité ou sa créance hypothécaire, le danger est le même, et la protection de la loi est également nécessaire. C'est de toute évidence, puisque après tout, quel que soit l'objet de la cession consentie par la femme, il n'y a aucune différence dans le résultat : c'est toujours le sacrifice par la femme de son hypothèque légale et le passage de cette hypothèque dans les mains d'un créancier qui viendra s'en prévaloir contre les autres créanciers. Si donc le sacrifice et le danger sont les mêmes dans tous les cas, il importe de ne se départir dans aucun des précautions que la loi a voulu prendre et dont elle a voulu faire la sauvegarde de tous. On admet cela, ou du moins on ne le conteste pas dans l'hypothèse où la cession consentie par la femme a pour objet le *droit d'antériorité* dont l'art. 9 de la loi de 1855 ne parle pas plus qu'il ne parle de la *créance hypothécaire*. Il n'y a aucun motif sérieux pour le contester dans l'hypothèse où la cession consentie par la femme porte sur ses droits mêmes, sur ses créances et reprises. En ceci, la loi nouvelle déroge à l'art. 1690 du Code Napoléon, ou du moins elle ajoute une formalité de plus aux formalités prescrites par cet article pour les cessions de créances.

Concluons donc que toute cession dont l'effet doit être la subrogation d'un créancier dans l'hypothèque légale de la femme est désormais soumise, quel qu'en soit l'objet, à la forme authentique (1).

470. Une autre difficulté peut se présenter, difficulté qui n'est pas nouvelle et que l'art. 2127 du Code Napoléon a déjà fait naître à un autre point de vue. Cet article dispose que l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par un acte passé, en forme authentique, devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins. En présence de cet article, on s'est demandé si le mandat donné par le débiteur pour constituer une hypothèque conventionnelle peut être consenti par acte sous seing privé, ou, en d'autres termes, si le mandataire qui n'aurait qu'une procuration sous seing privé pourrait cependant constituer valablement une hypothèque sur les biens de son mandant.

La même question s'élève naturellement à l'occasion des subrogations à l'hypothèque légale : une telle subrogation peut, aussi bien que l'hypothèque, être consentie par mandataire ou procureur. Mais de ce que la subrogation ne peut pas, de même que l'hypothèque, être consentie désormais autrement que par acte authentique, s'ensuit-il que le mandataire de la femme, dont la procuration serait faite sous seing privé, ne puisse pas consentir, au nom de la femme, une subrogation valable?

A notre avis, l'authenticité de la procuration est une nécessité découlant forcément du texte qui veut que la subrogation elle-même soit con-

---

(1) Ceux des auteurs qui ont commenté la loi de 1855 se sont prononcés en majorité dans ce sens. *Voy.* MM. Mourlon (*Exam.*, art. 392), Troplong (*De la Transcr.*, n°s 334 et suiv.), Ducruet (*loc. cit.*, p. 41).

statée par acte authentique. La jurisprudence est restée longtemps fixée en sens contraire sur la question analogue relative à la constitution d'hypothèque, et la Cour de cassation elle-même a décidé d'abord, dans deux arrêts notables, « que le mandat à l'effet de consentir une hypothèque et l'acte constitutif de l'hypothèque sont deux choses tout à fait distinctes; qu'en ce qui concerne le mandat, le Code établit comme règle générale que tout mandat, quel qu'en soit l'objet, peut être donné par acte sous signature privée, et que, s'occupant dans une disposition ultérieure du mandat à l'effet de consentir hypothèque, il ne déroge point à la règle qu'il vient d'établir et se borne à dire que ce mandat doit être exprès; que, quant à la constitution d'hypothèque, elle doit être faite par acte authentique, et que rien ne s'oppose à ce qu'elle soit faite en cette forme même par un mandataire spécialement autorisé à grever d'hypothèque les biens de son mandant (1). » Il n'est pas douteux que les mêmes objections pourraient s'élever contre notre solution relative au mandat pour consentir une subrogation au nom de la femme. Mais la jurisprudence que nous venons de rappeler ne s'est pas maintenue. Une jurisprudence plus récente a reconnu que le mandat à l'effet de consentir une hypothèque et l'acte constitutif de l'hypothèque sont liés entre eux plus intimement que ne le supposent les décisions qui précèdent. Lorsque la loi nous dit que telle convention ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique, elle nous dit par cela même que c'est en cette forme que doit être manifesté le consentement de celui qui fait cette convention. Or le contrat passé devant notaire *en vertu d'un mandat sous seing privé* ne manifeste pas, à vrai dire, en la forme authentique, le consentement *de la personne qu'on oblige,* puisque ce consentement, qui constitue le contrat lui-même, n'a pas été constaté par l'officier public et n'est écrit que dans un acte privé qui ne fait pas foi de ce qu'il renferme. En d'autres termes, et en spécialisant ceci, l'acte constitutif d'une hypothèque n'est pas seulement celui ou le mandataire stipule au nom du mandant, c'est encore et surtout celui ou le mandant dépose sa volonté; et si l'authenticité ne couvrait pas également ces deux parties du même tout, le but de la loi ne serait pas atteint, puisque les parties intéressées pourraient méconnaître l'écriture et la signature du mandant, mettre son consentement en question et, par cela même, rendre incertain le droit hypothécaire que la constitution d'hypothèque a eu pour objet de créer. C'est en se fondant sur ces considérations que la jurisprudence s'est réformée et que la Cour de cassation elle-même, après avoir jugé que l'hypothèque peut être valablement consentie en vertu d'un mandat sous seing privé, s'est prononcée plus tard en sens contraire, ajoutant même que la ratification donnée ultérieurement par le mandant ne saurait avoir d'effet rétroactif à l'en-

(1) *Voy.* Req., 27 mai 1810 et 5 juill. 1827 (Dev., 28, 1, 105). — *Junge* : Caen, 22 juin 1824 (Dall., 25, 2, 112). — *Voy.*, dans le même sens, MM. Persil (art. 2127, n°), Battur (*Hyp.*, t. I, p. 167 et 168), Troplong (n° 51), Duranton (t. XIX, n° 357 *bis*), Rolland de Villargues (v° Act. not., n° 26), Baudot (*Form. hyp.*, t. I, n° 525).

contre des tiers (1). La majorité des auteurs inclinait vers cette doctrine (2), et la Cour de cassation, qui l'applique à la constitution d'hypothèque, sera conduite par la force de l'analogie à l'appliquer également à l'acte de subrogation dans l'hypothèque légale, puisque, encore une fois, l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, en exigeant l'authenticité pour un tel acte, a créé pour cet acte une situation analogue à celle dans laquelle la constitution d'hypothèque est placée par l'art. 2127 du Code Napoléon. C'est aussi l'avis des commentateurs de la loi de 1855 (3).

471. Il nous reste à dire, pour compléter nos observations sur la partie de cet important sujet qui se rattache plus particulièrement à notre article, quels sont les effets de la convention dont il s'agit ici. A cet égard, nous ne séparons pas, au moins dans nos observations générales, les deux hypothèses mentionnées dans l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, le cas de *cession* et le cas de *renonciation*. C'est qu'à nos yeux il n'y a pas à distinguer, quant aux effets généraux du moins, entre les deux modes que la convention affecte habituellement; les observations qui vont suivre montreront que, sous ce rapport, l'un ne donne ni plus ni moins que l'autre.

472. Lorsque, pour subvenir au crédit de son mari, la femme, majeure et capable d'après les règles exposées ci-dessus, nos 451 et suivants, abandonne son droit hypothécaire à un créancier qui ne veut traiter avec le mari qu'à ce prix, il intervient entre elle et ce créancier une convention dont la nature même est peu définie, et qui dès lors, comme nous l'avons dit déjà (*voy.* no 450), est fort vivement discutée.

Sans aller trop avant dans l'examen des diverses doctrines qui se sont produites à cet égard, et dans l'appréciation de théories savantes qui seront toujours très-utilement consultées (4), nous répétons que le contrat ne constitue pas une cession-transport dans le sens juridique du mot. La *cession*, dans le langage du droit, s'entend de la transmission et plus particulièrement de la vente des choses incorporelles. Sauf quelques règles particulières posées dans les art. 1689-1695 du Code Napoléon, la vente appliquée aux créances est soumise aux principes généraux qui régissent la vente des choses corporelles; ainsi, on ne pourra pas dire d'un acte qu'il constitue une cession de créance, s'il ne contient pas de prix et si, sauf l'accomplissement des formalités prescrites

(1) *Voy.* Rej., 7 fév. 1854 (Dev., 54, 1, 322; *J. P.*, 1854, t. I, p. 152; Dall., 54, 1, 149). *Junge* : Riom, 31 juill. 1851 (Dev., 51, 2, 698).

(2) *Voy.* MM. Merlin (*Rép.*, vo Hyp., sect. 2, § 2, art. 10), Grenier (t. I, no 68), Zachariæ (t. II, p. 140, no 15), Taulier (t. VII, p. 260), Merville (*Rev. prat.*, t. II, p. 107).

(3) *Voy.* MM. Ducruet (*loc. cit.*, p. 40), Grosse (*loc. cit.*, no 260). — MM. Rivière et Huguet (nos 401 et 402), et Rivière et François (no 139), sans être complétement explicites dans le sens de cette solution, inclinent à l'admettre, et semblent n'hésiter qu'en considération du premier état de la jurisprudence et parce qu'ils paraissent n'avoir pas connu le retour consacré par l'arrêt de 1854.

(4) Citons notamment les remarquables travaux de MM. Gauthier (*Tr. des Subrog.*, nos 561 et suiv.), Mourlon (*ibid.*, p. 541 et suiv.), Berthauld (*De la Subrog. à l'hyp. des femm. mar.*), Benech (*Du Nant. appl. aux dr., créanc. et repr. de la femme*).

par l'art. 1690, il ne transmet pas du cédant au cessionnaire la créance qui fait l'objet de la convention. (Code Napoléon, art. 1583 et 1591.) Or, où est le prix dans l'acte par lequel la femme abandonne son droit hypothécaire au créancier de son mari? Il n'y en a point; à la vérité, on peut dire que la femme retire un avantage du crédit qu'elle procure à son mari en lui facilitant le traité passé par celui-ci avec le créancier; mais ce n'est pas là le *prix* dont parle l'art. 1591 du Code Napoléon, car le prix, dans le sens de cet article, doit, d'après l'opinion de tous les jurisconsultes, être certain, déterminé et sérieux, *il doit consister en argent* (*voy.* à cet égard les observations de Marcadé sur l'art. 1591, n° 1); et ici nous n'avons pas de prix certain et déterminé, surtout nous n'avons pas de prix consistant en argent. D'un autre côté, est-ce que le créancier en faveur duquel la femme abandonne son droit hypothécaire devient propriétaire par l'effet de la convention? En aucune manière; ce créancier aura beau faire ou obtenir du débiteur les significations ou notifications indiquées par l'art. 1690 du Code Napoléon, il ne sera pas propriétaire de la créance de la femme, il n'acquerra pas cette propriété qui permet au propriétaire de disposer comme il veut, à titre gratuit ou à titre onéreux, car c'est la femme qui, quant à présent, reste propriétaire, c'est elle qui demeure saisie, tellement que si le créancier vient à être désintéressé par le mari, la femme est dégagée et reste propriétaire de sa créance sans qu'il soit besoin qu'un nouvel acte, qu'une rétrocession, lui en rende la propriété.

Il n'y a donc pas ici de cession dans le sens propre du mot, et, sous ce rapport, nous nous rangeons à l'avis de M. Benech lorsqu'il critique l'opinion de M. Berthauld, qui, appréciant la convention, exprime que « si la subrogation a de la parenté et de la ressemblance avec le contrat de gage, il faut cependant reconnaître que ce qui prédomine en elle, c'est la physionomie, la forme, et même, *au fond, la nature du transport* (1). » Ce qui précède montre avec évidence que pas plus dans la forme que dans le fond il n'y a ici de transport.

Mais nous cessons d'être avec M. Benech lorsque, prenant l'inverse de la proposition émise par M. Berthauld, il enseigne qu'en allant au fond des choses il faut suivre l'opinion « des auteurs, et plus particulièrement de MM. Mourlon et Gauthier, qui n'ont vu qu'un nantissement dans la cession dont il s'agit (2). » La condition essentielle à la validité du nantissement des choses mobilières, corporelles ou incorporelles, c'est-à-dire du gage, est la tradition, la remise au créancier, ou à un tiers convenu entre les parties, des objets mobiliers ou des titres de créance (Code Napoléon, art. 2076). Or avons-nous ici une remise des titres? Non, évidemment; cette remise n'est même pas possible dans la plupart des cas, puisque, sauf ce qui concerne les apports constatés par le contrat de mariage, la créance de la femme, indéterminée jusqu'à la dissolution de la société conjugale et soumise à des alternatives

(1) *Voy.* M. Berthauld (*loc. cit.*, n° 60. — *Voy.* aussi au n° 6).
(2) *Voy.* M. Benech (*loc. cit.*, p. 13).

ou des vicissitudes qui se renouvellent sans cesse jusqu'au jour de la liquidation, est nécessairement une créance sans titre. Il n'y a donc pas plus ici de nantissement (1) qu'il n'y a de cession.

Qu'y a-t-il donc en définitive? Nous l'avons dit : la nature de la convention est peu définie; en l'analysant toutefois, nous sommes disposé à y voir une délégation faite éventuellement par la femme et résultant de la promesse par laquelle elle s'oblige *conditionnellement*, en ce sens qu'elle s'engage à payer, ou au moins à abandonner à titre de payement les droits qu'elle peut avoir contre son mari, pour que le créancier auquel elle fait l'abandon exerce ces droits à sa place, si, à l'échéance, le mari ne paye pas lui-même la dette qu'il a souscrite envers ce créancier. C'est, dans une certaine mesure, la novation *conditionnelle* dont parle Marcadé dans son commentaire de l'art. 1292 (*voy*. t. IV, nº 757); la femme, en s'obligeant, n'éteint point la dette du mari; elle y ajoute sa propre dette, et les deux subsistent jusqu'à l'événement dont l'effet sera, suivant que la condition prévue se réalisera ou non, soit d'effacer l'obligation de la femme même rétroactivement et comme si elle n'eût jamais été prise, soit de la maintenir, au contraire, rétroactivement aussi, et comme si la femme eût été liée dès l'origine. Ainsi, le payement est-il effectué à l'échéance par le mari débiteur, la condition prévue n'est pas réalisée, et la femme est censée ne s'être jamais obligée; au contraire, le payement n'est-il pas effectué par le mari, la condition prévue est accomplie, la femme est débitrice et, par l'effet rétroactif de la condition, est censée l'avoir été dès le jour même où elle s'est obligée.

473. Ceci posé, il est aisé de pressentir quels doivent être, selon nous, les effets de la convention. La femme qui abandonne son droit hypothécaire au créancier de son mari met éventuellement ce créancier en son lieu et place pour que, le cas échéant, il puisse exercer ce droit de la même manière qu'elle le ferait elle-même dans le cas où elle aurait à l'exercer en l'absence de toute subrogation.

474. Cela ne peut pas être mis en doute quand la convention consiste en une *cession de la créance*, puisque alors la femme n'a rien retenu de son droit, ni la créance, ni les sûretés qui y sont attachées accessoirement, et que le tout a été transmis au créancier qui représente la femme ou qui la remplace de la manière la plus complète. La Cour de cassation a consacré cet effet de la cession en décidant que la subrogation dans son droit hypothécaire, consentie par une femme au cours d'une instance d'ordre dans lequel elle a été colloquée provisoirement, n'a pas seulement pour effet de transmettre au créancier subrogé les droits de la femme sur le prix en distribution, mais encore de le subroger dans les droits hypothécaires de la femme sur les autres immeubles du mari, tellement que le créancier subrogé peut exercer le droit hypothécaire de la femme même sur les biens vendus par le mari

(1) *Voy*. Lyon, 31 janv. 1839, et Bourges, 14 juin 1844 (Dev., 39, 2, 587, et 45, 2, 632).

à une époque à laquelle il n'était pas créancier, et qui n'ont pas été purgés (1). A la vérité, il y avait, dans l'espèce, cette circonstance particulière que le créancier agissait en vertu d'une subrogation véritable, en ce que, au cours des contestations élevées dans l'ordre, il avait remboursé à la femme le montant de sa créance sur son mari, moyennant quoi il avait été subrogé dans l'hypothèque légale par un jugement qu'il avait obtenu. Mais les termes de l'arrêt sont généraux, et montrent que, dans tous les cas où la créance est cédée, le cessionnaire succède à la femme dans tous ses droits et acquiert l'hypothèque de celle-ci avec le caractère de généralité qui lui est attribué par la loi. Nous le répétons, d'ailleurs, cet effet de la cession n'est pas contesté; et c'est précisément parce qu'il n'est pas contestable que quelques auteurs ont émis la doctrine combattue plus haut (*voy.* n° 457), à savoir que la cession, lorsqu'elle a pour objet la créance de la femme, ne vaut pas, parce que, s'il en était autrement, il suffirait du concours et du consentement de la femme pour annihiler la spécialité des hypothèques (2).

475. Cela n'est pas moins vrai lorsque la convention a pour objet de céder simplement *le droit d'antériorité* ou même l'*hypothèque* seulement. A la vérité, les deux cas diffèrent du précédent en ce que l'hypothèque légale s'y trouve détachée de la créance qu'elle garantissait primitivement, c'est-à-dire de la créance de la femme. Mais au fond et dans la vérité des choses, ce n'en est pas moins la garantie hypothécaire de la femme qui a été transmise, la garantie telle qu'elle existait aux mains de celle-ci, tellement que si la condition de non-payement, qui est, comme nous le disions tout à l'heure, la base même du contrat, venait à se réaliser, le créancier hypothécaire auquel la femme aurait cédé son rang, ou bien le créancier chirographaire auquel elle aurait cédé son hypothèque, n'aurait pas d'autre droit hypothécaire à exercer que celui de la cédante, et que, ni plus ni moins que s'il était cessionnaire de la créance même, il agirait du chef de celle-ci, par conséquent en son lieu et place, dans l'exercice de ce droit.

476. Enfin, si la convention consiste, non point en une cession soit de la créance, soit du droit d'antériorité, soit de l'hypothèque, mais en une *renonciation* de la part de la femme à son hypothèque légale, nous disons que l'effet est le même encore. Mais ici nous trouvons, dans la doctrine et dans la jurisprudence, des décisions, les unes absolues, les autres relatives, qui sont contraires à cette solution.

Et d'abord, nous rencontrons la théorie si connue de M. Proudhon, d'après lequel la renonciation devrait profiter à tous les créanciers également, et n'aurait d'autre effet que de faire disparaître l'hypothèque légale de la femme et d'avancer d'un degré les créanciers venant après elle. « Autre chose, dit-il, est de renoncer à l'exercice d'un droit et d'y renoncer même en faveur de quelqu'un, autre chose est de lui déléguer

(1) Cass., 18 déc. 1854 (Dev., 55, 1, 247). — La Cour de cassation a, par cet arrêt portant cassation, renvoyé l'affaire devant la Cour de Bourges, qui, par arrêt du 11 juin 1855, s'est prononcée dans le même sens (Dev., 55, 2, 636).

(2) *Voy.* notamment M. Grosse (*loc. cit.*, n[os] 274, 276).

ou céder ce même droit pour qu'il l'exerce à son profit sur des tiers. La renonciation n'est, par sa nature, que *privative* pour celui qui la fait. — La cession ou la subrogation opère un déplacement, puisqu'elle met l'un des contractants aux lieu et place et dans les droits de l'autre; les parties qui l'ont voulue ont donc voulu une mutation de droits. La renonciation, au contraire, n'est par elle-même qu'un acte d'abstention par lequel la femme promet de ne pas se prévaloir des avantages qu'elle pourrait avoir sur le prêteur; il ne peut donc en résulter ni transport ni délégation de droits à faire valoir sur des tiers (1)... »

Ceci touche, on le voit, à cette controverse dans laquelle tant de subtilités furent dépensées anciennement sur la matière des renonciations, et spécialement sur le point de savoir si la renonciation est simplement *extinctive* ou si elle est *translative* du droit abandonné. Sans nous engager ici dans cette controverse, nous pouvons dire que lorsqu'une renonciation est faite en faveur d'une personne déterminée avec laquelle le renonçant traite directement, l'intention des parties serait méconnue et le but qu'elles se proposent ne pourrait pas être atteint si la renonciation était purement extinctive, si elle n'était considérée comme l'équivalent d'une cession faite à l'une d'elles du droit abdiqué par l'autre. C'était, suivant la remarque de M. Benech (2), l'idée qui avait surnagé, dans l'ancien droit, au milieu de la controverse soulevée par la matière des renonciations; et le président de Lamoignon l'appliquait spécialement aux hypothèques, quand il proposait de dire qu'au cas de renonciation, celui au profit duquel elle serait faite *entrerait dans l'hypothèque du renonçant* (3). C'est aussi l'esprit de notre législation actuelle, qui, si elle admet que la renonciation est purement extinctive lorsqu'elle profite à celui qui a un droit éventuel et préexistant dans la chose abandonnée (Code Napoléon, art. 786), suppose, au contraire, qu'elle a le caractère translatif lorsqu'elle est faite au profit d'un tiers qui n'aurait rien à prétendre de son chef, ni actuellement, ni éventuellement, dans le droit abdiqué. (Comp. Code Napoléon, art. 780.) Or tel est le cas où se trouve le créancier en faveur duquel la femme renonce à son hypothèque légale. Il serait donc contraire aux données générales du droit de considérer la renonciation comme purement abdicative. Cela serait contraire également à l'intention évidente des parties : à l'intention de la femme, qui, en renonçant en faveur *de tel créancier*, n'a pu rien vouloir abandonner du droit de préférence qu'elle peut avoir vis-à-vis d'autres créanciers étrangers à la convention; à l'intention du bénéficiaire de la renonciation, qui, en prêtant sous la condition que la femme renoncerait en sa faveur à son hypothèque légale, n'a pu se préoccuper que de son propre intérêt et n'a pas voulu faire l'affaire des créanciers intermédiaires.

Aussi la jurisprudence et les auteurs en général s'étaient-ils élevés

(1) *Voy.* Proudhon (*De l'Usuf.*, n° 2339). M. Mourlon s'était prononcé en ce sens dans son *Traité des Subrogations* (p. 600). *Voy.* aussi M. Ducruet (*op. cit.*, p. 88).
(2) *Voy.* M. Benech (*op. cit.*, p. 21).
(3) Arrêtés de Lamoignon (tit. 26, *De l'Ext. des Hyp.*).

contre la théorie mise en avant par Proudhon, et avaient-ils admis que la renonciation, à l'égal de la cession, implique une mutation du droit, en ce qu'elle investit le bénéficiaire de la renonciation de son droit même dont se désiste en sa faveur la femme renonçante; en d'autres termes, qu'il n'y a aucune différence à faire, quant aux effets, entre une renonciation de la femme à son hypothèque légale au profit d'un créancier et une subrogation formelle à cette hypothèque, en sorte que le créancier porteur d'une telle renonciation a des droits égaux à celui qui aurait obtenu la subrogation (1). Aujourd'hui cette solution ne saurait plus être contestée; car elle est virtuellement consacrée par l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855. En effet, d'une part, cet article, après avoir mentionné distinctement la *cession* et la *renonciation*, les assimile ensuite en les confondant sous cette dénomination commune de *subrogation*, et par là même indique que la *cession* et la *renonciation* sont deux voies distinctes pour arriver à un même but, qui est la *subrogation*; d'une autre part, et comme si ce n'était pas assez pour indiquer la pensée du législateur, l'article, confondant encore, dans son second paragraphe, ceux qui ont obtenu des cessions et ceux qui ont obtenu des renonciations, exprime que, pour ceux-ci aussi bien que pour ceux-là, les dates des inscriptions ou mentions déterminent l'ordre dans lequel *ils exerceront les droits hypothécaires de la femme*. Il ne saurait donc plus y avoir de doute sur ce point de droit qui désormais ne peut être mis en question. Et en effet, M. Mourlon, qui, dans son *Traité des Subrogations*, s'était prononcé dans le sens de l'opinion émise par Proudhon, a reconnu depuis que, d'après les termes de la loi nouvelle, l'acte par lequel la femme cède son hypothèque et celui par lequel elle y renonce doivent être assimilés ou plutôt considérés comme équivalent l'un de l'autre (2).

477. Du reste, ce que nous disons de la renonciation par la femme à son hypothèque légale doit s'entendre de la renonciation tacite aussi bien que de la renonciation expresse. Cela était admis dans l'ancien droit. Leprestre cite, en effet, un arrêt du 1er février 1602, par lequel il fut jugé que la femme « qui s'est obligée avec son mari à un créancier a, par cette obligation, tacitement renoncé à l'hypothèque des conventions matrimoniales, même à icelles au profit dudit créancier...; *en sorte que si après la mort de son mari elle transporte ses deniers dotaux à un autre, ce sera inutilement pour le regard de sondit premier créancier*, qui est préféré au dernier sur lesdits deniers dotaux, bien que ce soit meubles, et que celui auquel elle en fait transport en fût le premier saisi, *parce que, après avoir tacitement renoncé à ses conventions au*

(1) *Voy.* Paris, 1er juin 1807 et 11 mars 1813; Amiens, 17 mars 1823; Bourges, 19 mai 1823; Nancy, 22 mai 1826; Rej., 2 avr. 1829; Lyon, 7 avr. 1854; Rej., 26 juin 1855; Metz, 22 janv. 1856 (Dev., 54, 2, 577; 55, 1, 670; *J. P.*, 1856, t. I, p. 183 et 376). — *Voy.* aussi MM. Dalloz (vo Hyp., p. 152), Grenier (t. I, p. 550), Troplong nos 600 et suiv.), Rivière et Huguet (nos 385 et suiv.), Gauthier (*Des Subr.*, no 583), Benech (*op. cit.*, no 10), Berthauld (*op cit.*, no 33).

(2) *Voy.* M. Mourlon (*Ex. crit. du Comm. de M. Troplong*, no 393).

profit du créancier envers lequel elle s'était obligée, elle ne les a pu transporter à son préjudice à un autre, n'y ayant plus de droits pour le regard du premier créancier (1)... » Et Bourjon adopte cet avis, lequel, dit-il, « est fondé sur ce que les premiers engagements de la femme *emportent une cession tacite de sa dot*, qui marche avant tout; *que le droit en est acquis aux premiers créanciers, et que ce droit acquis n'a pu recevoir atteinte par de nouveaux engagements* (2)... » Il n'en peut pas être autrement aujourd'hui : il n'y a pas de différence à établir, quant aux effets, entre la renonciation expresse et la renonciation tacite. On peut discuter sans doute sur la portée de tel ou tel acte duquel on veut induire la renonciation; nous avons vu plus haut les controverses qui se sont produites à cet égard (*voy.* n° 462 et suiv.). Mais dès qu'on est d'accord que tel acte implique une renonciation, il n'y a plus de discussion possible quant aux effets : la femme est liée de la même manière et avec la même étendue que si elle avait consenti une renonciation expresse.

M. Benech, cependant, est, sur ce point, d'un avis différent (3). Selon lui, il y aurait une grande différence entre la renonciation expresse et la renonciation tacite, en ce que dans la première la femme parlant au contrat *sur l'hypothèque,* il serait difficile qu'elle pût se faire illusion sur les effets de sa renonciation formelle et ne pas comprendre qu'elle s'est dessaisie du droit auquel elle a renoncé en faveur d'un autre, tandis que quand elle garde le silence, comme dans la seconde, sa volonté ne pourrait être préjugée de la même manière, cette volonté pouvant s'expliquer aussi bien par une simple renonciation au droit de propriété, renonciation bien moins onéreuse que la renonciation transmissive. Et la Cour de Paris a consacré cet avis dans un arrêt récent par lequel, après avoir posé en principe que la subrogation *doit être faite en termes exprès,* elle décide que le concours solidaire de la femme à l'acte d'obligation passé par son mari, même avec affectation hypothécaire des biens de ce dernier, a uniquement pour effet, en ce qui touche l'hypothèque légale, d'entraîner une simple renonciation à la priorité de rang de cette hypothèque sur l'hypothèque conventionnelle consentie par le même acte au profit du créancier, et dès lors que si ce créancier vient à perdre le bénéfice de son hypothèque, faute d'inscription en temps utile ou par suite de la péremption de celle qu'il avait prise, la femme reprend par elle ou par ses ayants droit, qu'elle aurait valablement subrogés à son hypothèque légale, le rang qui lui appartient en vertu de cette hypothèque (4). Il est impossible de se méprendre plus complétement que ne l'a fait la Cour de Paris sur les effets juridiques et sur les caractères de la convention. La Cour suppose que la subrogation dont excipait le créancier, dans l'espèce, était l'accessoire de l'hypothèque convention-

(1) *Voy.* Leprestre (cent. 3, ch. 60).
(2) *Voy.* Bourjon (*Droit comm.*, t. XI, n°s 4 et 5).
(3) *Voy.* Benech (*op. cit.*, p. 64).
(4) *Voy.* Paris, 24 août 1853 (Dev., 53, 2, 545; *J. P.*, 1853, t. II, p. 545). *Conf.* M. Grosse (*loc. cit.*, n° 271). — *Voy.* aussi Caen, 3 mai 1852 (Dall., 54, 2, 20).

nelle qui lui avait été conférée par le contrat, tandis qu'elle dérivait du contrat et de l'abandon que la femme y avait fait tacitement, par son concours solidaire, de son droit hypothécaire en faveur du créancier. Il importait donc peu que ce créancier n'eût pas conservé sa propre hypothèque, l'hypothèque conventionnelle qui lui avait été donnée; car ce n'est pas le droit résultant de cette hypothèque qu'il venait réclamer à l'ordre. Ce qu'il réclamait, c'était l'effet de l'hypothèque légale dans laquelle il avait été subrogé dans la mesure de sa propre créance, et il suffisait que cette hypothèque n'eût pas péri et que la créance de la femme à laquelle elle était primitivement attachée ne fût pas perdue (voy. *infrà*, nos 479 et suiv.), pour que la réclamation dût être accueillie. Sans doute, la subrogation procédait ici d'une renonciation *tacite;* mais, nous le répétons, la renonciation tacite n'a pas moins d'effet que la renonciation *expresse,* dès que l'acte ou le fait d'où on la fait résulter est admis comme impliquant renonciation. Les scrupules de M. Benech à cet égard n'ont pas de fondement solide : ils sont écartés par la jurisprudence, et notamment par la Cour de cassation, qui n'a pas hésité à reconnaître que la femme qui s'oblige solidairement avec son mari envers un tiers, et qui consent à hypothéquer à la sûreté de cette obligation des immeubles du mari affectés de son hypothèque légale, *transporte virtuellement à ce créancier ses droits sur lesdits immeubles et, par conséquent, sur son hypothèque légale,* et qui, prenant le contre-pied de l'arrêt de la Cour de Paris cité tout à l'heure, a jugé en conséquence que si le créancier vient à perdre le bénéfice de son hypothèque conventionnelle, faute d'inscription en temps utile ou par la péremption de celle qu'il avait prise, il n'en doit pas moins être colloqué, *comme subrogé dans l'hypothèque légale,* à la date de son contrat (1).

478. Ainsi, en résumé, toutes les conventions de l'espèce, cession ou renonciation, aboutissent au même résultat, quelle que soit l'étendue de la cession ou quel que soit le caractère de la renonciation. S'agit-il d'une cession, il importe peu qu'elle ait pour objet la créance, le droit d'antériorité, ou l'hypothèque seulement; s'agit-il d'une renonciation, il importe peu qu'elle soit expresse ou tacite : en toute hypothèse, la convention produit un effet commun, qui est la subrogation du créancier en faveur duquel elle intervient dans l'hypothèque légale et, par conséquent, qui met ce créancier aux lieu et place de la femme, pour l'exercice, le cas échéant, du droit que celle-ci a éventuellement abandonné.

Ceci posé, il y a une conséquence à déduire et quelques applications à indiquer.

479. La subrogation mettant le cessionnaire aux lieu et place de la femme pour l'exercice du droit hypothécaire attaché par la loi à la créance de celle-ci, il s'ensuit que ce droit ne cesse pas, même aux

(1) Req., 8 août 1854 (Dev., 54, 1, 521). — *Junge :* les arrêts déjà cités à l'une des notes précédentes de la Cour de cassation, 2 avril 1829 et 26 juin 1855, et de la Cour de Metz, 22 janvier 1856. — La Cour de Paris elle-même avait jugé en ce sens par arrêt du 31 mars 1853 (Dev., 53, 2, 337).

mains du subrogé, de rester l'accessoire de la créance de la femme; et, par conséquent, que le sort et l'étendue du droit hypothécaire sont réglés sur l'état et dans la mesure de la créance qu'il garantissait primitivement, abstraction faite de la créance personnelle du créancier subrogé.

Ceci s'expliquera par des applications dont quelques-unes, d'ailleurs, ne sont pas contestées.

480. Ainsi, il est admis et nul ne pourrait contester que, comme accessoire de la créance de la femme, l'hypothèque légale ne peut s'étendre ni s'amoindrir entre les mains du subrogé.

Par exemple, Paul, créancier d'une somme de 10,000 fr. qui lui est due par Pierre, obtient de la femme de celui-ci qu'elle le subroge dans l'hypothèque légale qu'elle a sur les biens de son mari; plus tard, la liquidation étant faite, il arrive que les créances et reprises de la femme de Pierre sont de 20,000 fr. Paul ne pourra exercer le droit hypothécaire auquel il a été subrogé que jusqu'à concurrence de 10,000 fr., puisque 10,000 fr. seulement lui sont dus; mais les 10,000 fr. d'excédant n'en demeureront pas moins couverts par l'hypothèque légale, car cette hypothèque légale n'est pas éteinte et ne peut même pas s'amoindrir par l'effet de la subrogation. Elle subsiste donc, après la collocation du subrogé, pour les 10,000 fr. d'excédant. Au profit de qui? Evidemment au profit de la femme, et non au profit des autres créanciers du mari, qui, étant étrangers à la convention intervenue entre celle-ci et Paul, ne peuvent ni en tirer profit, ni en être lésés. Ainsi, la convention a-t-elle eu pour objet la créance même ou seulement l'hypothèque de la femme, Paul sera colloqué d'abord au rang de l'hypothèque légale pour les 10,000 fr. formant le montant de sa créance personnelle garantie jusqu'à concurrence par cette hypothèque dans laquelle il a été subrogé; et comme les créanciers hypothécaires de Pierre ne doivent ni gagner ni perdre aux arrangements pris entre sa femme et Paul, la femme sera colloquée au même rang que celui-ci, mais après lui, pour les 10,000 fr. formant la différence entre sa propre créance et celle de Paul: quant aux 10,000 fr. de reprises jusqu'à concurrence desquels le créancier subrogé a pris la place de la femme, ils ne constitueront plus pour celle-ci qu'une créance chirographaire dont elle ne sera payée sur les biens de son mari qu'après l'acquittement des charges hypothécaires et en concours avec les autres créanciers. — La convention a-t-elle eu pour objet simplement le droit d'antériorité, il n'y aura rien de changé dans les collocations telles qu'elles viennent d'être indiquées, si ce n'est qu'ici les rangs hypothécaires ayant été échangés entre Paul et la femme de Pierre, celle-ci, au lieu d'être créancière chirographaire à raison des 10,000 fr. que l'hypothèque légale a cessé de garantir pour elle par l'effet de la subrogation, sera créancière hypothécaire au rang appartenant à l'hypothèque de Paul.

481. Prenons maintenant l'hypothèse inverse. Paul, créancier d'une somme de 20,000 fr. qui lui est due par Pierre, obtient de la femme de celui-ci qu'elle le subroge dans son hypothèque légale; puis il ar-

rive que les droits et reprises de la femme constatés par la liquidation s'élèvent à une somme de 10,000 fr. seulement. Dans quelle mesure la subrogation profite-t-elle à Paul? Evidemment dans la mesure et jusqu'à concurrence de cette dernière somme, car le droit hypothécaire de la femme n'a pu s'étendre aux mains du subrogé; et puisque celui-ci est aux lieu et place de celle-là, il faut bien qu'il exerce son droit hypothécaire comme elle aurait pu l'exercer elle-même si elle en eût retenu la possession. Ainsi, le créancier trouve dans l'hypothèque à laquelle il a été subrogé une garantie incomplète; mais c'est la conséquence inhérente à l'engagement pris par la femme, lequel, étant de sa nature éventuel et subordonné au résultat d'une liquidation à intervenir quand elle s'est engagée, ne peut avoir d'effet utile que dans la mesure des droits constatés par la liquidation effectuée.

482. Ceci nous conduit à reconnaître que si la liquidation était complétement négative pour la femme; en d'autres termes, s'il était constaté que la femme n'a pas de créance contre son mari, et qu'au lieu d'être créancière, elle est débitrice, la garantie transmise au créancier subrogé resterait, entre ses mains, complétement inutile. Cela a été expressément jugé par la Cour de Paris, dans un arrêt récent, duquel il résulte que le créancier subrogé dans l'hypothèque légale de la femme par une obligation solidaire des deux époux, et cessionnaire même des droits et reprises de la femme, jusqu'à due concurrence de la créance, ne peut néanmoins prétendre collocation au rang de cette hypothèque s'il résulte de la liquidation ultérieure des droits de la femme que cette dernière, au lieu d'être créancière, est débitrice de la communauté ou de son mari, et n'a ainsi aucune reprise à exercer (1). La décision est d'une exactitude parfaite; la raison de décider est la même ici que dans l'hypothèse où nous étions placé tout à l'heure, celle où la liquidation n'a donné à la femme qu'une créance inférieure à la créance personnelle du subrogé, à la créance à raison de laquelle celui-ci avait demandé et obtenu la subrogation : dès que la convention n'a conféré au créancier qu'un droit purement éventuel et subordonné au résultat d'une liquidation future, il est clair que le droit disparaît et que la garantie hypothécaire s'évanouit complétement si la liquidation est négative pour la femme, par la même raison qu'il se réduit et que la garantie hypothécaire se restreint dans les termes de la liquidation lorsque la créance résultant en faveur de la femme de cette liquidation est inférieure à celle pour la sûreté de laquelle le créancier s'était fait subroger.

Ce sont là des applications qui, nous l'avons déjà dit, ne paraissent pas contestées. On a signalé quelquefois les dernières comme témoignant du peu de solidité et de l'inanité assez fréquente des subrogations à l'hypothèque légale des femmes; mais personne, que nous sachions, n'a prétendu qu'elles ne découlent pas logiquement des règles et des effets mêmes de la convention.

(1) Paris, 3 fév. 1855 (Dev., 55, 2, 307).

En voici d'autres maintenant qui, bien que procédant du même principe, n'ont pas été aussi généralement acceptées.

483. La liquidation est faite entre le mari et la femme; il en résulte, non pas, comme dans les hypothèses qui précèdent, que la femme, au lieu d'être créancière, est débitrice, mais qu'elle est créancière réellement, et même que sa créance est égale au moins à celle du créancier qu'elle a subrogé par l'effet d'une cession à son hypothèque légale. Toutefois il arrive que, par un fait quelconque, cette créance s'éteint entre les mains de la femme ou de ses héritiers. L'hypothèque est-elle éteinte aussi dans ce cas aux mains du subrogé? Il semble, par les observations qui précèdent, qu'il n'est pas permis d'en douter. Et, en effet, la jurisprudence n'a pas un seul instant hésité : elle consacre, en thèse générale, que la convention par laquelle un créancier cède son rang à un autre créancier qui lui était postérieur ne permet au cessionnaire de prendre, dans l'ordre, la place qu'aurait occupée le créancier du cédant qu'autant qu'il justifie que cette créance existe encore et qu'elle a conservé son rang hypothécaire (1); et puis, appliquant la solution spécialement aux cessions de l'hypothèque légale, elle décide que la femme qui accepte la communauté, ou est réputée l'accepter faute par elle d'y avoir renoncé dans les formes et les délais fixés par la loi, étant tenue sur les biens propres de la moitié des dettes de cette communauté, il s'ensuit que le tiers auquel elle avait, avant la dissolution, cédé ses reprises avec subrogation dans le bénéfice de son hypothèque légale, ne peut se prévaloir d'un droit de privilége et de préférence qu'elle-même ne pourrait plus exercer (2); ou encore que si, au moment de la production du subrogé à un ordre ouvert sur le prix d'un immeuble, les créances que la femme avait contre son mari se trouvent éteintes par la confusion qui s'est opérée dans la personne de ses héritiers, qui sont en même temps ceux du mari, la subrogation, étant devenue sans objet, ne peut plus produire d'effet (3).

Mais les auteurs ici ne marchent pas d'accord avec la jurisprudence; quelques-uns en contestent énergiquement, au contraire, la solution. Selon eux, il n'est pas permis de subordonner ainsi les effets utiles de la subrogation dans l'hypothèque légale au parti que pourront prendre, soit la femme d'accepter la communauté ou d'y renoncer, soit les héritiers de la femme, qui sont en même temps ceux du mari, d'accepter ou de répudier la succession de ce dernier. La cession, disent-ils, lorsqu'elle a eu lieu valablement, c'est-à-dire avec l'autorisation du mari et dans les formes voulues, devient immédiatement définitive, irrévocable, et constitue pour le créancier de la femme une garantie qu'il ne peut plus dépendre de la volonté de celle-ci ou de ses héritiers de lui ravir et de rendre vaine. S'il en était autrement, personne n'oserait contracter avec une femme mariée sous le régime de la communauté, ni même prêter au mari avec la garantie de sa femme, puisque, malgré la cession

(1) Req., 25 janv. 1853 (*J. P.*, 1853, t. I, p. 697).
(2) Req., 30 avr. 1849 (*J. P.*, 1849, t. II, p. 161).
(3) Orléans, 16 mars 1849 (*J. P.*, 1849, t. I, p. 390).

et subrogation consenties par cette dernière, on n'aurait jamais la certitude d'être payé, et il en résulterait que, sous le régime qui donne à la femme la liberté la plus absolue de s'obliger et de contracter avec l'autorisation de son mari, ses biens propres se trouveraient frappés d'une espèce d'inaliénabilité, d'une inaliénabilité éventuelle (1).

Après ce que nous avons dit, il est aisé de découvrir le côté faible de l'objection. Nous laissons à l'écart les espèces sur lesquelles il a été statué par les arrêts que nous venons de citer, et notamment celle qui fait résulter l'extinction de la créance du parti qu'a pris la femme d'accepter la communauté. Dans une certaine mesure, ceci engage la grave question de savoir si la femme, même quand elle accepte la communauté, n'a pas néanmoins son hypothèque sur les conquêts, question que nous examinons dans le commentaire de l'article suivant. Nous prenons la difficulté dans son aspect le plus général, l'extinction de la créance de la femme par un fait quelconque, et nous disons que le défaut du système qui s'élève contre les solutions de la jurisprudence, c'est de considérer les cessions d'hypothèque, même quand elles sont consenties valablement et régulièrement par la femme, comme conférant immédiatement un droit actuel et irrévocable. Les caractères propres de la convention sont, au contraire, l'incertitude et l'éventualité. Et cela n'est pas nouveau. Il est remarquable, en effet, que dans la très-ancienne doctrine, que nous avons eu déjà l'occasion de rappeler (voy. *suprà*, n° 334, p. 325), si quelques auteurs, s'élevant contre l'opinion dominante, soutenaient que l'hypothèque ne pouvait pas être cédée isolément et distinctement de la créance qu'elle garantissait, c'était précisément en raison de ce qu'il y avait de précaire et d'éventuel dans le droit conféré par la cession : « Optima ratio pro eo quod cedi non possit, qua semper cedens realem, retenta personali *possel revocari ipsam quam cessit et cessionem infringere, veluti extinguendo personalem,* QUIA SUBLATO PRINCIPALI EXTINGUITUR ACCESSORIUM (2)... » Or ceci nous semble tout à fait décisif : dès que, d'un côté, la cession, au moment où elle intervient, ne donne au cessionnaire rien qu'un droit purement éventuel; dès que, d'un autre côté, l'hypothèque cédée ne cesse pas d'être, aux mains du cessionnaire, l'accessoire de la créance à laquelle elle a été spécialement attachée par la loi, c'est-à-dire de la créance de la femme, on n'aperçoit pas comment il se pourrait faire que cette créance, qui est le principal, venant à s'éteindre entre les mains de la femme, l'hypothèque, qui est l'accessoire, survécût aux mains du créancier subrogé (3).

Nous tenons donc la dernière application consacrée par la jurisprudence comme aussi exacte que les précédentes.

484. Dans tout ce qui vient d'être dit sur les effets de la subrogation

(1) *Voy.* la dissertation savante de M. Carette dans le Recueil de M. Devilleneuve, sur les arrêts cités aux notes précédentes (Dev., 49, 1, 465, et 2, 449). — *Junge :* M. Berthauld (*loc. cit.*, n°s 70 et 71).

(2) Jac. de Arena (*De cess. jur.*, n° 58).

(3) *Conf.* M. Benech (*loc. cit.*, n° 20).



à l'hypothèque légale de la femme, nous avons eu exclusivement en vue le cas où la femme se trouve en présence d'un créancier auquel elle abandonne son droit hypothécaire au moyen d'une cession ou d'une renonciation. Il nous reste maintenant, pour en finir sur ce point, à présenter quelques observations toutes spéciales au cas où la convention a lieu au profit d'un tiers acquéreur d'un immeuble grevé de l'hypothèque légale. Ici la situation diffère de la précédente, et la différence se manifeste dans la forme et dans les effets de la convention.

D'une part, quant à la forme, celle de la *cession* est hors de cause; cela résulte déjà des explications qui précèdent (*suprà*, n° 465), et cela se conçoit à merveille. L'acquéreur, en général, n'a pas besoin, comme le créancier, d'être subrogé dans l'hypothèque légale, car il n'a pas, comme lui, à exercer activement le droit hypothécaire de la femme; il s'agit principalement, en ce qui le concerne, non pas précisément de se mettre aux lieu et place de la femme pour exercer, le cas échéant, le droit de préférence qu'elle a vis-à-vis des créanciers de son mari auxquels son hypothèque est opposable s'ils ne s'y sont pas fait subroger, mais seulement de purger l'immeuble qu'il acquiert de l'hypothèque légale dont il est grevé, ou d'obtenir de la femme qu'elle lui en assure et lui en garantisse, en ce qui la concerne, la propriété paisible et incommutable : or la *cession* va au delà de cet objet; la *renonciation* y suffit. Et en effet, c'est par la forme de la renonciation que l'on procède habituellement : ou la femme, en concourant à l'aliénation, déclare expressément qu'elle renonce à son hypothèque légale sur l'immeuble aliéné; ou bien, si elle n'a pas d'hypothèque inscrite, elle garantit solidairement la vente faite par son mari; ou bien encore, si l'hypothèque a été inscrite bien qu'en principe elle soit dispensée d'inscription, elle donne mainlevée avec désistement de son droit : telle est, dans la pratique, la forme dans laquelle se produit la convention qui, ainsi, se résume en une renonciation, soit expresse, soit tacite, à l'hypothèque légale.

D'une autre part, quant aux effets, il ne faudrait pas juger de ceux que la renonciation produit dans ce cas où elle est faite en faveur d'un tiers acquéreur par ceux qui s'y attachent lorsqu'elle a lieu en faveur d'un créancier du mari ou de la femme. Dans ce dernier cas, la renonciation est *translative*, comme on l'a vu plus haut (*voy*. 476 et suiv.), et cela est nettement indiqué par l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, qui, assimilant la renonciation à la cession, les présente l'une et l'autre comme deux causes ayant la même valeur et produisant l'une et l'autre un effet commun, qui est la *subrogation* du créancier dans l'hypothèque légale de la femme. Mais la renonciation à l'hypothèque résultant de la vente faite solidairement par le mari et par la femme d'un immeuble grevé de cette hypothèque, ou de la vente faite par le mari sous le cautionnement et la garantie solidaire de la femme, n'est pas entrée dans les prévisions de cet article; cela résulte de ses termes mêmes, puisqu'il y est question exclusivement de l'*ordre* ou du *rang* dans lequel les cessionnaires ou subrogés exerceront les droits hypothécaires de la femme,

et que la question d'ordre et de rang est absolument étrangère au tiers acquéreur. C'est donc par les principes généraux en matière de renonciation qu'il faut juger des effets de la convention. Or que voyons-nous ici? Nous y voyons bien moins un acte direct de renonciation que la conséquence obligée et nécessaire d'un contrat ayant un autre objet. Dans cette situation, faut-il dire, avec Proudhon, que l'aliénation du fonds, consentie par les deux époux, opère nécessairement au profit de l'acquéreur le *transport de tous les droits des vendeurs;* qu'elle emporte par sa nature la *cession des droits que l'un et l'autre avaient dans la chose;* qu'en un mot, il y a renonciation *translative* (1)? Non! Il faut dire, au contraire, que la renonciation est purement *extinctive,* ou plutôt qu'il y a moins ici une renonciation proprement dite que l'*extinction* de l'hypothèque légale, *au profit du tiers acquéreur,* sur l'immeuble dont il a fait l'acquisition. M. Coin-Delisle a mis cela en lumière, avec sa sagacité habituelle, dans une consultation qu'il a récemment délibérée : « Quand je vends ma maison et que je la livre, dit notre savant jurisconsulte, je renonce certainement au plaisir d'en jouir et à l'avantage de la posséder; quand je fais un bail, je renonce aux fruits naturels de ma ferme pendant la durée du bail; quand je cautionne la vente d'un immeuble, je renonce aux droits de propriété que je pourrais prétendre sur la chose vendue. Or, toutes ces renonciations implicites ne sont ni actes ni déclarations de renonciation; ce sont des suites ou des conséquences de mon obligation principale; elles éteignent des droits qui seraient contraires à cette obligation; elles ne transferent rien à l'acquéreur du droit principal, quoiqu'il profite de l'extinction absolue ou temporaire de mon droit. C'est la conséquence du principe écrit dans l'art. 1135 du Code Napoléon : « Les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que » l'équité, l'usage et la loi donnent à l'obligation suivant sa nature. » Donc, le concours solidaire de la femme à la vente que fait le mari, ou son cautionnement à la même vente, n'opèrent ni cession ni renonciation *translative* de l'hypothèque legale en faveur de l'acquéreur dans le sens de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855; ils en opèrent l'extinction par l'effet même de la convention, à l'égard de la chose vendue : c'est l'extinction par *remise de dettes,* ou, pour parler plus strictement, par *remise* ou *libération du gage.* » On ne saurait mieux dire ni rencontrer plus juste.

Quoi qu'il en soit, la renonciation dont il s'agit ici est faite dans l'intérêt du tiers acquéreur; c'est une convention qui se forme de lui à la femme et n'a d'effet qu'entre eux : de là deux conséquences que nous avons à préciser.

485. La convention n'ayant d'effet qu'entre le tiers acquéreur et la femme, il s'ensuit que le droit *de suite* seulement est éteint, et aussi que désormais l'acquéreur est à couvert de toute surenchère tant de la

(1) *Voy.* Proudhon (*De l'Usuf.*, n° 2340). — *Junge* : MM. Rivière et Huguet (n° 391).

part de la femme que de la part de ses subrogés postérieurs à la vente. Mais c'est tout; et la femme conserve le bénéfice de son hypothèque légale vis-à-vis de tous les créanciers de son mari qu'elle prime, en sorte qu'elle peut se faire payer sur le prix tant qu'il existe entre les mains de l'acquéreur.

Cela a été cependant très-vivement contesté, et il faut dire que la jurisprudence de la Cour de cassation, sinon sur la question même, au moins sur une question analogue, fournissait à la contestation un appui très-puissant. On sait quelle est la doctrine de la Cour de cassation sur les effets de la purge, et comment, en persévérant dans une jurisprudence qui, depuis un arrêt du 11 août 1829 jusqu'à l'arrêt solennel des Chambres réunies du 23 février 1852, n'a jamais varié, cette Cour décide que la femme dont l'hypothèque légale sur les biens de son mari a été purgée ne peut plus exercer aucun droit sur le prix de ces biens, la purge éteignant l'hypothèque aussi bien à l'égard des créanciers et du prix qu'à l'égard de l'acquéreur et de l'immeuble. Nous n'avons pas, quant à présent, à nous arrêter sur cette jurisprudence : nous l'apprécierons dans notre commentaire de l'art. 2195. Tout ce que nous voulons dire ici, c'est que cette jurisprudence étant donnée pour le cas de purge de l'hypothèque légale par les formalités et suivant le mode établis par les art. 2193 et suivants du Code Napoléon, il y avait à en argumenter pour en conclure que, dans le cas aussi où la femme renonce à son hypothèque légale en faveur du tiers acquéreur (ce qui n'est, après tout, qu'une manière particulière de purger l'immeuble vendu de l'hypothèque légale dont il était grevé), l'extinction de cette hypothèque à l'égard de l'acquéreur et de l'immeuble emporte extinction également à l'égard des créanciers et du prix : et c'est en effet ainsi qu'on a argumenté.

Cependant les tribunaux ont constamment rejeté cette prétention, et la Cour de cassation elle-même s'est associée à cette jurisprudence. Elle semble, il est vrai, dans un arrêt récent, avoir fait de ceci une question d'appréciation, en décidant qu'au cas de vente par un mari, avec le concours de sa femme, d'un immeuble appartenant au mari, les juges peuvent décider, par interprétation des stipulations accessoires du contrat, que la femme n'a renoncé à son hypothèque légale sur l'immeuble vendu qu'en ce qui concerne l'immeuble même et au profit de l'acquéreur uniquement, entendant conserver le bénéfice de son hypothèque sur le prix de vente (1). Mais elle a posé la solution en principe, dans une autre circonstance, et d'accord avec la jurisprudence des Cours et avec l'opinion des auteurs (2), elle a jugé doctrinalement que le fait par une femme mariée d'avoir concouru à la vente, consentie par son mari, d'un immeuble dépendant de la communauté n'emporte pas renonciation à son hypothèque légale sur cet immeuble au profit des autres

---

(1) Rej., 6 nov. 1855 (Dev. 56, 1, 235).

(2) Req., 21 fév. 1849 (*J. P.*, 1850, t. II, p. 66). — *Junge :* Amiens, 10 déc. 1846 et 16 fév. 1854; Lyon, 15 mai 1847; Caen, 17 mai 1838 et 26 avr. 1852. — *Voy.* encore MM. Troplong (nº 600), Martou (nº 935).

créanciers de son mari. Il serait difficile, à notre avis, de concilier cette jurisprudence avec les arrêts précités de 1829 à 1852; nous insisterons là-dessus dans le commentaire de l'art. 2195. Nous nous bornons donc à reconnaître que les arrêts dont nous nous occupons maintenant sont d'une exactitude parfaite, et nous concluons comme eux que la renonciation dont il s'agit ici n'a d'autre effet que celui de libérer l'immeuble vis-à-vis de l'acquéreur en laissant subsister, mais seulement tant que les choses sont entières (c'est-à-dire tant que le prix reste entre les mains de l'acquéreur ou n'a pas été l'objet d'un transport ou d'une délégation régulièrement faits), le droit de préférence que la femme peut avoir vis-à-vis des créanciers. C'est la première conséquence que nous avions à déduire de la règle posée au point de départ, à savoir que la renonciation dont il s'agit ici, purement extinctive, n'a d'effet qu'entre la femme renonçante et l'acquéreur au profit duquel la femme a renoncé.

486. Voici la seconde : après la loi du 23 mars 1855, la renonciation de la femme à son hypothèque légale a *par elle-même* un effet plein et entier au point de vue de l'extinction de l'hypothèque et de la purge de l'immeuble.

Ici toutefois se présentent des opinions contraires. Quelques auteurs estiment que l'acquéreur est tenu, depuis la loi précitée, de faire connaître la renonciation de la femme, soit par une inscription d'hypothèque légale au nom de celle-ci, avec mention de la renonciation et déclaration que l'hypothèque grève les immeubles du mari autres que celui qui a été vendu à l'acquéreur; soit par une inscription en faveur de la femme, en la faisant ensuite émarger de la renonciation; soit enfin par une inscription au profit de l'acquéreur lui-même sur l'immeuble par lui acquis, laquelle inscription serait sujette au renouvellement décennal (1). Cette dernière opinion est soutenue par MM. Rivière et Huguet, qui s'en autorisent même pour dire que tout acquéreur qui voudra obtenir la renonciation à l'hypothèque légale de la femme sur l'immeuble vendu, dans l'acte même de vente, sera obligé de passer un *contrat notarié*, en ce qu'il ne pourrait pas, en vertu d'un acte sous seing privé, requérir cette inscription conservatoire de ses droits au regard des tiers à qui la femme pourrait ensuite céder son hypothèque (2).

Sans anticiper sur l'appréciation des difficultés relatives à la publicité des subrogations, difficultés réservées quant à présent (*suprà*, n° 467) et que nous examinons dans notre commentaire de l'art. 2153, nous pouvons dire, de la solution proposée, qu'elle est contestable sous un double rapport.

D'une part, nous estimons que, même après la loi du 23 mars 1855, la renonciation de la femme à son hypothèque légale en faveur d'un tiers acquéreur peut résulter d'*un acte sous seing privé* et n'en être pas

(1) *Voy*. MM. Ducruet (*loc. cit.*, n° 42), Hervieu (*J. des Cons.*, t. II, p. 296), Alexis Leroux (*Contrôleur*, art. 10689).
(2) *Voy*. MM. Rivière et Huguet (n° 391).



moins efficace que si elle résultait d'un acte authentique. Par exemple, Pierre et Eugénie se sont mariés le 15 janvier 1856; un an après, au mois de janvier 1857, Pierre vend l'un de ses immeubles à Joseph par un acte sous seing privé : Eugénie intervient à l'acte et donne à la vente son concours solidaire ou son cautionnement avec toutes garanties de droit. Nous disons qu'en cette forme la renonciation d'Eugénie en faveur de Joseph ne vaut pas moins que si elle était faite en la forme authentique. Il y a, selon nous, une raison décisive, déjà indiquée (*voy.* n° 484), dans cette circonstance que l'art. 9 de la loi de 1855 ayant eu particulièrement en vue les cessions et les renonciations faites par la femme en faveur de ses *créanciers ou de ceux de son mari*, et nullement les renonciations au profit de *tiers acquéreurs*, ces dernières renonciations ne sont pas astreintes aux conditions établies par cet article pour régler la forme des actes qu'il prévoit (1).

Ceci posé, nous estimons, d'une autre part, que la renonciation opère par elle-même, au profit de l'acquéreur, l'extinction de l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu, sans qu'il soit besoin de procéder à la purge de l'hypothèque légale, ni de faire connaître cette renonciation autrement que par la transcription de la vente à laquelle la femme a donné son concours solidaire ou qu'elle a cautionnée avec toutes les garanties de droit. Le caractère même de la renonciation faite par la femme en faveur d'un tiers acquéreur ne permet pas qu'il en soit autrement; et c'est parce que les auteurs dont nous combattons la doctrine ont supposé, en confondant cette renonciation avec celle qui serait faite en faveur d'un créancier, qu'elle est *translative* comme celle-ci, qu'ils ont regardé comme nécessaire de remplir, en outre de la transcription, telles ou telles autres formalités conservatoires au regard des tiers auxquels la femme céderait ensuite son hypothèque légale. La renonciation en faveur d'un tiers acquéreur, nous le répétons ici après l'avoir démontré plus haut (*voy.* n° 484), est purement extinctive; cela suffit pour écarter la nécessité d'une inscription ou d'une mention spéciale, laquelle a bien pu être exigée pour les cessions ou les renonciations translatives, mais ne l'a pas été et n'a pas pu l'être pour l'extinction d'hypothèques résultant du concours de la femme à la vente de l'immeuble grevé. Ici la purge de l'hypothèque est complète par la renonciation même, et dès que l'acte de vente dans lequel est intervenue la renonciation extinctive a été transcrit (et il peut l'être même quand la vente est constatée par acte sous seing privé, de tels actes étant admis à la transcription), le tiers acquéreur n'a plus rien à craindre, quant à l'immeuble, des subrogations ultérieures que la femme pourrait consentir, dans notre espèce, à son hypothèque légale. Les tiers, en effet, sont suffisamment avertis par le registre des transcriptions, qui leur fait connaître la vente avec toutes les conditions du contrat; ils savent que la femme ne peut pas leur céder des droits qu'elle n'a plus désormais elle-même; et si, malgré cet avertissement, ils acceptaient une subrogation, il y aurait de leur

(1) Tel paraît être aussi l'avis de M. Mourlon (*Rev. prat.*, t. I, p. 188 et 307).

part une imprudence dont ils ne pourraient pas se faire relever en excipant contre le tiers acquéreur de ce qu'il n'aurait pas requis inscription en son nom ou en celui de la femme, sur l'immeuble par lui acquis ou sur les autres immeubles du mari : le tiers acquéreur serait fondé à leur dire qu'il a conservé, vis-à-vis des tiers, l'effet de la renonciation par la transcription du contrat qui la constate, et que, par cette renonciation résultant en sa faveur d'un contrat transcrit, l'immeuble s'est trouvé entre ses mains définitivement libéré et complétement à l'abri du droit hypothécaire de la femme, droit désormais éteint, quant à l'immeuble, non-seulement pour elle, mais encore pour ses ayants droit généraux ou particuliers.

487. Là s'arrêtent, quant à présent, nos observations sur cette grave matière. Quelque développées qu'elles soient (et leur grand développement s'explique par l'importance même du sujet et par son intérêt éminemment pratique), tout n'est pas dit sur les subrogations à l'hypothèque légale de la femme. Mais les points dont il nous reste à traiter se rattachent tout naturellement à d'autres articles du Code (art. 2122, 2135, 2153, etc.); nous y renvoyons le lecteur, et nous rentrons dans le commentaire de notre art. 2121, en reprenant la série des hypothèques légales dont il consacre l'existence.

VII. — 488. *De l'hypothèque légale des mineurs et interdits.* — L'hypothèque légale des mineurs et des interdits nous vient aussi du droit romain, comme celle de la femme mariée. Il faut dire même que, sinon les furieux, au moins les pupilles, obtinrent avant la femme la protection sérieuse de la loi romaine. Il leur avait été accordé d'abord, de même qu'à la femme, un privilége personnel seulement, c'est-à-dire, dans les principes de la loi romaine, un simple droit de préférence sur les créanciers chirographaires (l. 19, § 1; l. 23, ff. *De reb. auct. jud. possid.*); mais la femme en était encore réduite à cette garantie incomplète et insuffisante qui, pour elle, s'étendit par la suite d'une façon si exagérée (*suprà*, n° 426), que déjà le privilége personnel des pupilles était converti en hypothèque. Une loi de l'empereur Constantin exprime, en effet, que les biens des tuteurs et des curateurs seront hypothécairement obligés envers les mineurs (*tamquam pignoris titulo obligata*, l. 20, C. *De adm. tut.*), et l'on suppose même qu'en ceci Constantin n'avait fait qu'appliquer à un cas particulier une règle introduite déjà par des lois qui avaient dû exister avant lui et qui nous sont restées inconnues (1). A l'égard des furieux, le privilége personnel qu'ils avaient obtenu d'abord fut également converti en une hypothèque; le doute élevé parfois sur ce point (2) s'évanouit complétement devant la loi par laquelle Justinien, à qui les furieux durent la conversion du privilége personnel en hypothèque, impose à leur curateur l'obligation de l'inventaire, et grève les biens de celui-ci d'une hypothèque (*sub hypo-*

(1) *Voy.* Voët (*ad Pand.*, l. 20, tit. 2, n° 19). *Voy.* aussi là-dessus MM. Troplong (n° 420), Valette (n° 140), Martou (n° 753).
(2) *Voy.* notamment M. Troplong (*loc. cit.*).



theca rerum ad eum pertinentium, ad similitudinem tutorum et curatorum adulti. — L. 7, § 5, *in fin.* C. *De cur. fur.* — *Voy.* aussi *ibid.*, § 6, *in fin.*).

Notre ancienne jurisprudence française ne se montra pas moins protectrice à l'égard des mineurs et des interdits, entre lesquels elle ne fit aucune différence sous le rapport qui nous occupe : elle emprunta au droit romain les sûretés que ce droit avait établies, et elle accorda aux uns et aux autres hypothèque sur les biens de leurs tuteurs et curateurs : c'était une hypothèque *taisible*, et si favorable qu'elle avait lieu même dans les pays de nantissement.

C'est à ces principes que s'est inspirée la législation moderne. Sauf l'époque transitoire et de très-courte durée pendant laquelle l'hypothèque des mineurs et des interdits disparut de notre droit sous l'abrogation générale des hypothèques tacites (loi du 9 messidor an 3, art. 17; voy. *suprà*, n° 426), cette garantie n'a pas cessé d'être attachée à la créance que les mineurs et les interdits ont pu avoir sur leurs tuteurs ou curateurs : seulement, le législateur moderne s'est montré plus ou moins favorable suivant le point de vue dans lequel il s'est placé. Ainsi, quoiqu'elle admît en principe l'hypothèque légale au profit des mineurs et interdits, la loi du 11 brumaire an 7, ayant fait une règle absolue de la publicité des charges hypothécaires, refusa à cette hypothèque, comme à celle au profit des femmes mariées et des absents, tout effet autrement que par l'inscription (art. 3, 4, 20); au contraire, le Code Napoléon est entré plus pleinement dans les voies de l'ancienne jurisprudence française, en ce que, en maintenant, par notre art. 2121, le principe de l'hypothèque légale en faveur des mineurs et des interdits, il a proclamé, par l'art. 2135, l'existence de cette hypothèque indépendamment de toute inscription.

Nous avons ici à nous occuper seulement du principe, en renfermant même nos observations dans les termes ci-dessus indiqués (*voy.* n° 425) : ainsi, nous préciserons d'abord la cause même de l'hypothèque, ce qui nous amènera à reconnaître ceux auxquels elle est due et ceux dont les biens en sont grevés; nous indiquerons ensuite la créance à laquelle l'hypothèque est attachée. Quant à l'étendue du droit hypothécaire et à ses conditions d'existence, on sait que nous aurons à nous en expliquer sous les art. 2122, 2135, 2140 et suiv.

489. Il faut dire avant tout que l'hypothèque légale des mineurs et interdits s'attache au fait même de la tutelle, comme l'hypothèque légale de la femme s'attache au fait du mariage. De là nous tirons cette conséquence, déduite déjà à l'occasion de l'hypothèque légale de la femme et qui doit être admise ici par les mêmes motifs, que l'hypothèque des mineurs et interdits est liée à la tutelle, sans qu'il y ait à tenir compte des circonstances dans lesquelles la tutelle s'est ouverte. Ainsi, elle existera notamment dans le cas d'une tutelle déférée dans les dix jours précédant la faillite du tuteur; elle existera également en faveur du mineur ou de l'interdit étranger sur les immeubles que le tuteur posséderait en France, la tutelle fût-elle déférée en pays étranger

et le tuteur fût-il étranger. La conséquence a été contestée dans le premier cas et l'est encore dans le second par de très-graves autorités; nous la tenons, cependant, pour très-exactement déduite des principes; et, sur l'un comme sur l'autre point, nous nous référons aux observations présentées plus haut à l'occasion de l'hypothèque légale de la femme, la situation et la raison de décider étant les mêmes en ce qui concerne l'hypothèque légale des mineurs et des interdits (voy. *suprà*, nos 431, 432, 433).

490. Voyons maintenant quels sont ceux en faveur de qui l'hypothèque est établie, et quels sont ceux dont les biens en sont grevés. Pour résoudre ce point, il importe, avant de nous engager dans les détails et les énumérations qu'il comporte, de préciser la cause même d'où la loi fait dériver l'hypothèque. A cet égard, notre article dans lequel le principe est posé n'est pas explicite par lui-même; mais, en le rapprochant de l'art. 2135, on aperçoit nettement la pensée du législateur. Ainsi, d'après notre article, l'hypothèque s'attache aux droits et créances des *mineurs* et des *interdits* vis-à-vis de leur *tuteur*, et, suivant l'art. 2135, elle existe sur les immeubles des tuteurs *à raison de leur gestion*. Donc, la cause de l'hypothèque est dans les rapports que la loi établit elle-même entre une personne qu'elle tient pour incapable et le protecteur qu'elle lui donne (*suprà*, n° 423), dans la *gestion* qu'elle confère à ce protecteur avec mission de représenter l'incapable et de le suppléer dans tous les actes civils (Code Napoléon, art. 450). On peut dire dès lors, en thèse générale, que ceux-là seuls ont droit à l'hypothèque qui, soit à raison de leur âge ou de leur intelligence, soit à raison de toute autre cause établie par la loi, se trouvent légalement empêchés de gérer leurs affaires, d'administrer leur fortune par eux-mêmes, et, par ce motif, sont représentés dans tous les actes civils; et que ceux-là seuls doivent la garantie hypothécaire qui sont investis de la gestion des affaires de ces incapables, non pas d'une gestion telle quelle, d'une gestion *transitoire* en quelque sorte et purement *accidentelle*, mais d'une gestion *permanente et générale* : permanente, en ce sens que, du jour où elle commence jusqu'à celui où l'incapable acquiert ou reprend sa capacité, elle se poursuit sans interruption; générale, en ce sens qu'au lieu d'être restreinte à tels ou tels biens, elle s'étend à tous; qu'au lieu de se renfermer dans tels ou tels actes, elle les embrasse tous.

491. Ceci posé, nous pouvons reprendre notre question dans ses détails et voir d'abord quels sont ceux en faveur de qui l'hypothèque légale est établie. Notre article est très-précis à cet égard : l'hypothèque, dit-il, est attribuée aux droits et créances des *mineurs* et des *interdits*.

Quant à la minorité, le caractère légal en est suffisamment connu; et nous n'avons rien à en dire ici.

Mais l'interdiction soulève une question. Il y a deux sortes d'interdiction : l'interdiction *judiciaire*, c'est-à-dire celle qui est prononcée par les tribunaux pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur; l'in-

terdiction *légale*, c'est-à-dire, aux termes de l'art. 2 de la loi du 2-31 mai 1854, abolitive de la mort civile, et de l'art. 29 du Code pénal; celle qui atteint quiconque est condamné à des peines afflictives perpétuelles, ou à la peine des travaux forcés à temps, de la détention ou de la réclusion; et qui subsiste pendant la durée de la peine. La question est de savoir si l'hypothèque légale doit être attribuée à celui qui est légalement interdit aussi bien qu'à celui qui est frappé d'interdiction judiciaire. On peut dire pour la négative que les interdits, assimilés aux mineurs par notre ancienne jurisprudence, et gratifiés d'une hypothèque légale sur les biens de leur curateur, étaient ceux qu'un état d'imbécillité, de démence ou de fureur, rendait incapables, et qu'il n'y a que cette classe d'interdits que le Code a eu en vue lorsqu'il a dit que les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits (Code Napoléon, art. 509). Cela posé, on peut conclure que l'art. 2121, en mentionnant les interdits, ne se réfère non plus qu'aux interdits judiciaires, en sorte que le condamné en état d'interdiction légale, ne trouvant pas de texte en sa faveur, ne saurait avoir le bénéfice d'une hypothèque qui ne peut résulter que d'une disposition expresse de la loi (1). Cependant cette solution ne serait pas la meilleure, et nous tenons que la décision par laquelle elle avait été d'abord consacrée dans l'espèce unique où la question s'est produite a été justement infirmée par les juges d'appel. L'arrêt infirmatif a dit avec toute raison que le système admis par les premiers juges tendrait à établir dans la loi, et sans aucun motif, des distinctions qui n'y existent pas. Le législateur, en effet, n'a pas imaginé de faire des classes ou des catégories d'interdits, ayant chacune des priviléges différents; si la cause de l'interdiction diffère, le fait de l'interdiction ne pèse pas moins sur la personne et sur les biens de l'interdit, l'interdiction ayant dans l'un et l'autre cas le même résultat, celui de priver l'interdit de toute capacité civile et de le dépouiller de l'administration de ses biens (2); et, par conséquent, l'interdiction, dès qu'elle existe, doit, au point de vue de

(1) C'était la solution proposée par la Faculté de droit de Grenoble dans l'enquête administrative de 1841 (*Doc. hyp.*, t. II, p. 438).

(2) Nous devons dire cependant que c'est là un point controversé entre les auteurs. Selon quelques-uns, l'interdiction légale n'enlèverait au condamné que la gestion de sa fortune, la perception de ses revenus, mais lui laisserait la capacité de s'engager, sauf que ses actes ne seraient pas opposables au séquestre. *Voy.* MM. Faustin Hélie et Chauveau (*Théor. du Cod. pén.*, t. I, n° 240). Selon d'autres, l'interdiction légale enlèverait l'exercice des droits civils qui peuvent être délégués; mais elle laisserait subsister l'exercice de tout ou partie des droits exclusivement personnels. *Voy.* MM. Zachariæ (t. I, p. 313 et 315); Valette, sur Proudhon (p. 554), Demante (*Cours anal.*, t. I, p. 145); Demolombe (t. I, p. 211). Nous pensons, avec l'arrêt que nous citons ici et avec M. Troplong (*Des Donations*, n° 525), que l'art. 29 du Code pénal (dont la pensée d'ailleurs est complétée par l'art. 3 de la loi du 2-31 mai 1854), dit implicitement ce que disait expressément l'art. 2, tit. IV, du Code pénal de 1791, qui défendait au condamné d'exercer les droits civils, en même temps qu'il le déclarait interdit; et par conséquent que les effets de l'interdiction *légale* ne sont pas moindres que ceux de l'interdiction *judiciaire*. Voy., en ce sens, MM. Duranton (t. VIII, n° 101), Duvergier (*De la Vente*, t. I, p. 201, note 1), Coin-Delisle (art. 912, n° 5), Molinier (*Rev. de dr. franç. et étrang.*, 1850, p. 484), Berthauld (*Cours de Cod. pén.*, p. 276).

l'hypothèque, produire les mêmes effets, soit qu'elle résulte de la loi elle-même, soit qu'elle ait été prononcée par la justice (1).

Ajoutons que, moins encore que sous l'empire du Code pénal de 1810, cette solution pourrait être contestée aujourd'hui, depuis la loi du 28 avril 1832, par laquelle ont été réformées nombre de dispositions de ce code. Le Code pénal avait dit qu'il serait nommé au condamné « un *curateur* pour gérer et administrer ses biens, dans la forme prescrite pour la nomination des tuteurs aux interdits; » et bien qu'on pût et qu'on dût admettre, même avec cette rédaction, que la loi n'avait pas entendu priver le condamné du bénéfice de l'hypothèque légale, cependant il y avait ce mot *curateur* derrière lequel on aurait pu se retrancher pour dire que la sûreté de l'hypothèque n'étant accordée que contre le *tuteur*, celui-là n'y pouvait pas prétendre qui n'avait qu'un *curateur*. Mais on n'aurait même pas aujourd'hui la ressource, si faible qu'elle soit, de cet argument de texte; la loi réformatrice du 28 avril 1832 dit, en effet, qu'il sera nommé au condamné « *un tuteur et un subrogé tuteur* pour gérer et administrer ses biens, dans les formes prescrites pour les nominations des tuteurs et subrogés tuteurs aux interdits. » La loi pénale s'est donc mise, par l'expression même, en harmonie parfaite avec la loi civile; c'est, dans la lettre comme dans l'esprit de la loi pénale, une tutelle véritable en droit comme en fait qu'elle a entendu organiser au profit du condamné qu'elle déclare incapable; et dès qu'il s'agit d'une tutelle véritable, non moins que dans le cas de l'interdiction judiciairement prononcée contre celui que l'imbécillité, la démence ou la fureur rend incapable également, il n'y a pas de prétexte pour que la faveur consacrée par notre article soit refusée à celui que la loi place sous cette tutelle.

Ainsi, l'hypothèque légale est attribuée aux mineurs d'abord, et ensuite aux interdits, quelle que soit la cause de l'interdiction, soit qu'elle procède de la loi elle-même, soit qu'elle ait été prononcée judiciairement.

492. Mais notre article ne va pas au delà, et, par conséquent, on ne pourrait pas accorder l'hypothèque légale par analogie à ceux qui, empêchés en fait de gérer leurs affaires ou d'administrer leur fortune, sont représentés par des administrateurs avec des pouvoirs plus ou moins étendus : de ce nombre sont, par exemple, les absents et les aliénés non interdits.

Quant aux absents, la loi du 11 brumaire an 7 les avait traités, en ce qui concerne l'hypothèque légale, comme les mineurs et les interdits. En effet, d'après l'art. 21, n° 2, le droit d'hypothèque légale existait « au profit des mineurs, des interdits *et des absents*, sur leurs tuteurs, curateurs *et administrateurs*, pour raison de leur gestion. » Mais notre article a été moins loin que la loi de brumaire; les absents n'y sont pas mentionnés. Cela seul est décisif; et bien que les administrateurs ou envoyés en possession provisoire des biens de l'absent soient comp-

(1) *Voy.* Pau, 19 août 1850 (*J. P.*, 1852, t. II, p. 467).

tables envers celui-ci, en cas qu'il reparaisse ou qu'on ait de ses nouvelles (Code Napoléon, art. 125), néanmoins l'absent n'a d'autre garantie que celle de la caution donnée par les administrateurs, laquelle même est déchargée quand l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire, ou s'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent (Code Napoléon, art. 120, 129).

Quant aux aliénés non interdits, l'hypothèque légale doit leur être refusée par ce même motif que la loi ne la leur accorde pas expressément, et nous verrons bientôt qu'aucun aliéné n'aurait droit à y prétendre tant que l'interdiction n'est pas prononcée, fût-il même en état de défense à une demande en interdiction dirigée contre lui (*voy.* n° 496). Toutefois, nous devons faire remarquer que, dans un cas particulier, l'aliéné non interdit peut avoir une hypothèque, sinon légale, au moins judiciaire, bien qu'elle ne comporte pas nécessairement le caractère de généralité qui appartient aux hypothèques judiciaires : c'est le cas prévu par la loi des 30 juin-6 juillet 1838 sur les aliénés. L'art. 32 de cette loi permet au Tribunal civil, sur la demande des parents, de l'époux ou de l'épouse, sur celle de la commission administrative ou sur la provocation d'office du procureur impérial, de nommer en Chambre du conseil, conformément à l'art. 497 du Code Napoléon, un administrateur provisoire aux biens de toute personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés. Et l'art. 34 ajoute que, sur la demande des parties intéressées, ou sur celle du procureur impérial, le jugement qui nommera l'administrateur provisoire pourra en même temps constituer sur ses biens une hypothèque *générale* ou *spéciale,* jusqu'à concurrence d'une somme déterminée par ledit jugement, laquelle hypothèque devra être *inscrite,* à la diligence du procureur impérial, dans le délai de quinzaine, au bureau de la conservation, et ne datera que du jour de l'inscription. Ainsi, dans ce cas particulier, l'aliéné non interdit peut avoir, si telle est la volonté du Tribunal, une hypothèque sur les biens de l'administrateur provisoire, hypothèque qui n'est pas légale, puisqu'elle n'existe pas de plein droit et qu'elle n'a d'effet que par l'inscription, mais qui tient, par sa création, de l'hypothèque judiciaire, en ce qu'elle est constituée en vertu d'un jugement, sans se confondre pourtant avec l'hypothèque judiciaire proprement dite, puisqu'elle peut être spéciale, à la différence de l'hypothèque judiciaire proprement dite, qui en principe, et sauf quelques modifications, est générale (voy. *infrà,* art. 2123, 2161).

493. Voyons maintenant quelles sont précisément les personnes dont les biens peuvent être grevés de l'hypothèque légale du chef des mineurs et des interdits. Ici encore la loi est précise dans ses termes : elle parle des *tuteurs*. Ainsi, quiconque administre les biens d'un mineur ou d'un interdit n'est pas par cela seul astreint à l'hypothèque légale : il faut qu'il administre ces biens comme tuteur.

Ceci nous montre combien est inadmissible l'opinion d'auteurs et d'arrêts qui, assimilant à la tutelle l'administration que l'art. 389 du Code Napoléon défère au père, pendant le mariage, des biens personnels

de ses enfants mineurs, décident que le père, dans ce cas, doit fournir à ses enfants les mêmes garanties que s'il était tuteur, puisque ses pouvoirs quant à l'administration, et ses obligations quant à la reddition du compte, sont les mêmes (1). Cela ne serait même pas vrai si le père tenait l'administration de la volonté d'un tiers qui, en la lui conférant, lui aurait imposé l'obligation de donner hypothèque. Dans ce cas, il a bien pu être décidé que les père et mère auxquels un testateur donne l'administration des biens qu'il lègue à leurs enfants pouvaient être astreints à fournir hypothèque pour garantie de leur administration (2); mais alors cette hypothèque sera conventionnelle si elle résulte de la stipulation faite lors de la délivrance du legs, ou de l'exécution du jugement qui astreindra les parents à la fournir : elle ne sera pas légale, le droit d'administrer procédant ici, non de la loi, mais de la volonté du testateur. — Revenons donc à l'administration exercée par le père en vertu seulement de l'art. 389; elle lui est donnée par la loi comme un attribut de la puissance paternelle; et il est d'autant moins permis de dire que, dans ce cas, le père est un véritable tuteur sauf le mot, qu'il ne saurait y avoir de tutelle, en droit, tant qu'il n'y a pas dissolution du mariage. Si donc il n'y a pas de tutelle, s'il y a seulement une administration inhérente à l'autorité paternelle, le père administrateur ne doit pas d'hypothèque, puisque, dans la pensée de la loi, l'hypothèque n'est et ne peut être qu'une suite légale de la *tutelle*, une sûreté donnée contre ceux qui exercent les fonctions de *tuteur*, et que, surtout pour l'hypothèque légale, essentiellement dérogatoire au droit commun, il n'y a pas d'extension possible d'un cas à un autre. Au surplus, la question n'est plus discutée aujourd'hui; les auteurs et les arrêts se prononcent maintenant avec une telle unanimité que la thèse contraire ne saurait plus se produire (3).

494. Ce que nous disons du père administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs, il faut le dire également, et par les mêmes motifs, de la mère à laquelle l'art. 141 du Code Napoléon donne le droit d'administration dans le cas où le père a disparu. La mère présente, dans ce cas, supplée le père absent, et, comme le dit très-exactement M. Demolombe, « c'est surtout au nom du mari lui-même que la mère exerce alors la puissance paternelle; l'art. 141, en lui confiant cette espèce d'intérim, suppose sans aucun doute que le pouvoir n'a pas

(1) *Voy*. Colmar, 22 mai 1816; Toulouse, 23 déc. 1818. — *Junge* : MM. Persil (art. 2121, n° 36), Battur (*Hyp*., t. II, n° 365).

(2) Req., 30 avr. 1833 (Dev., 33, 1, 466).

(3) Bruxelles, 22 mai 1819; Rej., 3 déc. 1821; Riom, 23 mai 1822; Lyon, 3 juill. 1827; Poitiers, 31 mars 1830; Bordeaux, 10 avr. 1845; Nîmes, 5 fév. 1849; Grenoble, 4 fév. 1850; Riom, 30 août 1852 (Dev., 47, 2, 166; *J. P*., 1850, t. II, p. 215; 50, 2, 543; Dall., 54, 2, 227). *Voy*. aussi MM. Delvincourt (t. II, p. 547), Marcadé (t. II, n° 147), Merlin (*Rép*., v° Puiss. pat., sect. 4, n° 17), Favard (v° Tut., § 1, n° 1 *bis*), Duranton (t. III, n° 416, et t. IX, n° 308), Troplong (n° 424), Magnin (*Des Min*., t. II, n° 1280), Zachariæ (t. II, p. 124), Aubry (*Rev. de dr. franç*., 1834, p. 625), de Fréminville (t. I, n° 18), Taulier (t. VII, p. 292), Valette (p. 287), Marcadé (n° 775), Demolombe (t. VI, n° 420).

changé de caractère; bien plus, qu'il n'a pas véritablement cessé de résider dans la personne du mari (1). »

495. Mais que faut-il dire du tuteur officieux? Ses biens sont-ils grevés de l'hypothèque légale? Ici les auteurs se prononcent à peu près invariablement pour l'affirmative. Il n'en est pas un parmi ceux que nous avons pu consulter qui ne suppose qu'il y a deux espèces de tutelle, la tutelle ordinaire et la tutelle officieuse. Et, en partant de cette idée, ils enseignent tous que l'hypothèque légale établie par notre article en faveur des mineurs sur les biens de leur tuteur, est due par le tuteur officieux comme par le tuteur ordinaire, puisque la loi ne distingue pas; et que la solution, en définitive, est de toute justice, en ce que le tuteur officieux, aussi bien que le tuteur ordinaire, administre ou peut avoir à administrer les biens du mineur, auquel cas il est tenu de rendre compte (Code Napoléon, art. 365, 370) (2).

Qu'il nous soit permis de le dire pourtant : cette solution, tout admise qu'elle soit par l'unanimité des auteurs, nous semble peu réfléchie. Le point de départ d'abord est, à nos yeux, ce qu'il y a de plus contestable. Non, dans les principes de notre Code, il n'y a point deux tutelles, dont la tutelle ordinaire serait le genre, et la tutelle officieuse une espèce; il n'y en a qu'une, et c'est la tutelle proprement dite, celle qui est organisée dans le titre x du livre Ier du Code Napoléon, où il est traité *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation*. Quant à la *tutelle officieuse,* dont il est question au titre VIII du même livre, où le législateur s'occupe *de l'Adoption,* elle se rattache à un tout autre ordre d'idées. Les deux titres forment deux lois distinctes dans le même code, deux lois d'ordre absolument différent et qui n'ont rien de commun entre elles : l'une organise la tutelle dont elle fait une charge publique et forcée qu'en certains cas le tuteur légal ou datif ne peut refuser; l'autre autorise une convention purement volontaire qui se forme par un échange de volontés et de consentements entre l'une des parties et les parents de l'autre : la première règle la tutelle et les devoirs de ceux que la loi ou le conseil de famille appellent à remplacer les père et mère décédés; la seconde s'occupe des moyens d'attacher un enfant, dont les père et mère peuvent être vivants, à une famille autre que sa famille naturelle, ou de disposer à l'adoption. Ainsi, les points de vue sont on ne peut plus dissemblables, et, pour tout résumer en un mot, on peut dire que, dans l'économie de la loi, la tutelle officieuse est, non point *une espèce de tutelle,* mais un *mode particulier d'adoption.* Lors donc que, dans les divers titres dont il se compose, le Code mentionne le *tuteur* soit pour ajouter aux charges ou aux obligations imposées par la loi spéciale qui organise la tutelle, soit dans un tout autre objet, il n'y a pas d'équivoque possible : le tuteur qu'il a en vue, c'est évidemment le tuteur véritable,

(1) *Voy.* M. Demolombe (t. II, n° 312).

(2) *Voy.* MM. Delvincourt (*loc. cit.*), Grenier (t. I, n° 281), Duranton (t. XIX, n° 310), Taulier (t. VII, p. 289), Persil (*loc. cit.*, n° 21), Zachariæ (t. II, p. 122), Mourlon (*Rép. écrit*, t. III, p. 460), Valette (n° 142, p. 283), Troplong (n° 425), Martou (n° 770).

celui dont la mission est fixée par le titre qui organise la tutelle; ce n'est pas et ce ne peut pas être celui qui a reçu par extension la qualité de tuteur dans le titre relatif à l'*Adoption*. Par conséquent, lorsque notre article attribue une hypothèque aux mineurs et aux interdits sur les biens de leur *tuteur*, le tuteur dont il parle, c'est nécessairement le tuteur ordinaire; ce n'est pas le tuteur officieux, parce qu'à vrai dire, et pour qui prend les mots dans leur acception légale, le tuteur officieux n'est pas un véritable tuteur.

Ceci semble évident de soi-même; et si, au lieu d'accepter de confiance une solution qui s'est produite sans discussion, la doctrine eût comparé et rapproché les textes, interrogé l'esprit et la pensée de la loi, rien ne lui eût paru moins acceptable que l'avis auquel elle s'est arrêtée.

Ainsi, prenons d'abord les textes. Nul ne contestera sans doute que le tuteur dont il est question dans notre article est le même que celui dont il est question également aux art. 2135, 2141, 2143. Eh bien, que nous disent ces articles? L'art. 2135 exprime que l'hypothèque existe au profit des mineurs et interdits du *jour de l'acceptation de la tutelle :* or le tuteur officieux n'*accepte* pas la tutelle, il la *demande*. L'art. 2141 permet aux parents, *en conseil de famille*, de restreindre l'inscription à certains immeubles : or le tuteur officieux n'a pas à s'adresser *au conseil de famille*, il fait devant le juge de paix un contrat avec les père et mère de l'enfant qu'il se propose d'adopter. L'art. 2143 parle ensuite de l'*acte de nomination* du tuteur : or le tuteur officieux ne peut pas être un tuteur *nommé* dans le sens de cet article. Il n'y a donc pas une seule de ces dispositions, statuant toutes à l'occasion de l'hypothèque légale attribuée aux mineurs sur les biens de son tuteur, qui ne se limite par l'expression même au tuteur ordinaire. Comment donc l'art. 2121, qui pose le principe de l'hypothèque et dont les autres articles ne sont que le développement, pourrait-il être considéré comme applicable au tuteur officieux?

Venons maintenant à l'esprit de la loi. Qu'a-t-elle voulu? Donner une sûreté à des incapables qu'elle protége, et, dans un cas où tout procède d'elle et de sa seule autorité, suppléer à l'incapacité qu'elle a créée en stipulant pour l'incapable la garantie qu'il ne pourrait ou ne saurait se réserver lui-même. Or, dans la tutelle officieuse, il n'y a rien de cela. Tout ici procède de la convention, car la tutelle officieuse est un contrat purement volontaire pour tous ceux qui y concourent; celui qui en prend la charge le fait librement, et de même qu'il est libre d'agir, de même il peut choisir l'enfant qu'il se propose d'adopter; de leur côté, les parents de l'enfant agissent avec la même liberté, et de même qu'ils peuvent refuser, de même ils sont libres de mettre des conditions à leur consentement, et, par exemple, d'exiger des sûretés même hypothécaires. Par où l'on voit que ce serait méconnaître l'esprit de la loi que de soumettre le tuteur officieux à l'hypothèque établie contre le tuteur ordinaire. Car, lorsque tout peut être réglé par les parties elles-mêmes, lorsqu'elles peuvent se protéger, la loi n'a pas à intervenir pour elles : et il est vrai de dire qu'une hypothèque légale résultant de la tutelle

officieuse ne se comprend pas, parce que, encore une fois, c'est là un contrat volontaire, une convention qui, outre l'obligation prise par le tuteur officieux de nourrir, élever et mettre le pupille en état de gagner sa vie, est réglée par les stipulations particulières (Code Napoléon, art. 364), auxquelles peut se joindre l'hypothèque conventionnelle (art. 2117).

Mais, dit-on, « si le pupille a quelques biens, et s'il était antérieurement en tutelle, l'administration de ses biens, comme celle de sa personne, passe au tuteur officieux... » (Code Napoléon, art. 365.) Qu'importe cela? Cette disposition de la loi ne fait pas du tuteur officieux un tuteur véritable; elle prouve, au contraire, qu'il n'administre que très-accidentellement et seulement quand les biens du pupille sont aux mains d'un étranger. Or ce n'est pas pour une administration accidentelle que la loi a établi une hypothèque légale sur tous les biens présents et à venir de l'administrateur (voy. *suprà*, n° 490); ce n'est pas surtout pour une administration qui vient se lier accessoirement à un contrat d'affection et de bienfaisance : n'y rattachons donc pas une charge aussi grave, si nous ne voulons pas le discréditer par avance et en détourner à jamais ceux qui seraient le mieux disposés à le former.

Ainsi le tuteur officieux ne doit pas plus que le père, administrateur dans le cas de l'art. 389, ou la mère, administratrice dans le cas de l'art. 141, être assimilé au tuteur ordinaire; et, pas plus que le père ou la mère dans ces cas, il n'est sujet à l'hypothèque légale établie par notre article au profit des mineurs et interdits sur les biens de leur tuteur.

496. Nous considérons comme affranchis également le tuteur *ad hoc* donné à l'enfant dont on conteste l'état (art. 318), le tuteur particulier et spécial donné à chacun des mineurs ayant des intérêts opposés dans un partage (art. 838), le tuteur à la substitution permise (art. 1055, 1056), le curateur d'un mineur émancipé, le curateur au ventre, le conseil judiciaire d'un prodigue, l'administrateur provisoire qui peut être commis par le tribunal pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur à une demande en interdiction (art. 497). Les pouvoirs conférés aux personnes chargées de ces diverses fonctions sont tellement spéciaux, si restreints ou si accidentels, qu'ils ne peuvent sous aucun rapport être confondus avec ceux du tuteur : aussi les auteurs et la jurisprudence s'accordent à reconnaître que ce n'est pas non plus contre eux qu'a été établie l'hypothèque légale des mineurs et interdits (1).

497. Il en faut dire autant du subrogé tuteur. C'est là un surveillant que la loi donne au tuteur; mais comme il n'est pas lui-même investi de la tutelle, l'hypothèque légale ne saurait jamais lui être applicable. Cela résulte, d'ailleurs, de la discussion même de la loi. Le Conseil d'Etat, dans les premiers projets, admettait l'hypothèque légale sur les

(1) Montpellier, 14 janv. 1823; Req., 27 avr. 1824. *Voy*. aussi MM. Merlin (*Rép*., v° Hyp., sect. 2, § 3, art. 4, n° 3), Persil (art. 2121, n°s 29 et suiv.), Duranton (t. XIX, n° 314), Troplong (n° 423), Valette (p. 283), Martou (n° 773), Zachariæ (t. II, p. 124).

immeubles du subrogé tuteur pour le cas où, d'après les lois, il devient responsable envers le mineur. Mais la disposition fut retranchée sur les observations du Tribunat ; « Il est de l'intérêt de la société, disait cette assemblée, de dégager autant que possible les immeubles des hypothèques. Or il n'y a pas de nécessité d'imprimer l'hypothèque légale sur les biens du subrogé tuteur; mais, pour la sûreté de sa responsabilité à cet égard, il est raisonnable de se contenter de l'action que le mineur peut exercer contre lui, lorsqu'il y a lieu de réclamer cette responsabilité. On devrait craindre, d'ailleurs, que les citoyens ne fissent tous leurs efforts pour éloigner d'eux les fonctions de subrogé tuteur, s'ils devaient être grevés d'une hypothèque aussi générale (1). » A la suite de ces observations, la garantie hypothécaire a été mise à la charge du tuteur seulement.

Ceci suffit pour écarter les réserves proposées par M. Persil, qui, tout en admettant, en principe, que les biens du subrogé tuteur ne sont pas atteints par l'hypothèque légale attribuée aux mineurs et interdits, excepté pourtant les cas où le subrogé tuteur deviendrait comptable du mineur ou de l'interdit, par exemple, selon M. Persil, le cas où le tuteur a des intérêts contraires à ceux du mineur ou de l'interdit, ou encore le cas ou le tuteur serait accusé comme suspect (2). Nous ne pensons pas que, même dans ces cas, le subrogé tuteur, en sa qualité, gère les biens du mineur ou de l'interdit et, par suite, devienne comptable. Mais en fût-il autrement, les exceptions proposées par M. Persil n'en seraient pas plus admissibles. Rien dans la loi n'autorise à distinguer entre les actes faits par le subrogé tuteur, et à dire qu'il est astreint à la garantie hypothécaire à raison de ceux-ci et qu'il en est affranchi à raison de ceux-là. Il a été dans la pensée de la loi d'affranchir le subrogé tuteur d'une manière absolue; les observations du Tribunat, à la suite desquelles furent modifiés les projets primitifs, le démontrent d'une manière certaine. Ce serait donc méconnaître la loi et en étendre arbitrairement les dispositions que de soumettre le subrogé tuteur à l'hypothèque légale à raison d'un acte quelconque de ses fonctions (3).

498. En définitive donc, la disposition de notre art. 2121 s'applique aux tuteurs ordinaires, c'est-à-dire à ceux qui ont cette gestion permanente et générale dont nous avons parlé plus haut (n° 490). — S'applique-t-elle également à ceux qui exercent les fonctions de tuteur sans en avoir le titre légal? Quelques mots d'explication sur l'un et sur l'autre point.

499. Notre article, disons-nous, s'applique aux tuteurs ordinaires. Ainsi, il s'applique à tous ceux qui sont investis de la tutelle des *mineurs,* sans distinction aucune entre la tutelle déférée par la loi elle-même, c'est-à-dire la tutelle *légitime,* et la tutelle déférée par le conseil

(1) Fenet (t. XV, p. 416).
(2) M. Persil (art. 2121, n°s 27 et 28).
(3) *Sic* MM. Grenier (t. I, p. 276), Merlin (*loc. cit.*), Duranton (t. XIX, n° 313), Troplong (n° 422), Valette (p. 284), Martou (n° 774), Dalloz (v° Hyp., p. 158), Zachariæ (*loc. cit.*, note 10).

de famille ou par le survivant des père et mère, c'est-à-dire la tutelle *dative* ou *testamentaire*. Ceux-là doivent aux mineurs qu'ils représentent la garantie de l'hypothèque sur les immeubles qui leur appartiennent, et ils la doivent en tous cas, fussent-ils eux-mêmes mineurs. La minorité constitue, en général, une cause d'incapacité qui ne permet pas d'être investi de la tutelle; mais la loi y fait une exception en faveur des père et mère (Code Napoléon, art. 442). Dans ce cas, heureusement très-rare, notre article recevra son application; et les immeubles du tuteur, bien que mineur lui-même, n'en seront pas moins grevés de l'hypothèque légale en faveur de son enfant dont il aura la tutelle, parce que l'hypothèque existe de plein droit et en vertu d'une loi qui atteint les tuteurs d'une manière générale et sans distinction aucune.

Il recevra son application également dans le cas prévu par l'art. 396 du Code Napoléon, pour le nouveau mari (qu'il soit mineur ou majeur) de la mère tutrice, à laquelle le conseil de famille conserve la tutelle nonobstant son nouveau mariage. L'art. 396 dit que, dans ce cas, le conseil de famille donnera nécessairement pour cotuteur, à la mère, le second mari, qui deviendra solidairement responsable avec sa femme de la gestion postérieure au mariage. Et puisque, comme l'exprime Marcadé (t. II, n° 187), celui-ci est cotuteur, c'est-à-dire *tuteur avec* sa femme, il est donc, comme tout tuteur, soumis à l'hypothèque légale. La solution est virtuellement consacrée par un arrêt duquel il résulte que la mère tutrice qui, maintenue dans la tutelle de ses enfants, se trouve avoir pour cotuteur son second mari, ne peut exercer son hypothèque légale sur les biens de ce dernier qu'après que ses enfants ont exercé la leur sur les mêmes biens (1).

Sur la même ligne que le tuteur il faut placer ceux que le Code Napoléon désigne sous la qualification de *protuteurs*. Il ne s'agit pas ici, on le sait, de ceux que la loi romaine qualifiait protuteurs dans son système où était admise la pluralité des tuteurs. Le protuteur, d'après le Code Napoléon, est l'administrateur qui est donné au mineur en même temps qu'on lui donne un tuteur, dans le cas où ce mineur, domicilié en France, possède des biens dans les colonies, ou réciproquement (Code Napoléon, art. 417). Le protuteur est donc celui qui a l'administration des biens situés dans les colonies, si le mineur est domicilié en France, ou des biens situés en France, si le mineur est domicilié dans les colonies. Il est un véritable tuteur, du moins par rapport à ces biens; car, l'art. 417 le dit expressément, « le tuteur et le protuteur sont indépendants, et non responsables l'un envers l'autre pour leur gestion respective : » ses biens sont donc grevés de l'hypothèque légale à raison de son administration.

Ainsi en est-il enfin du tuteur des *interdits*, soit qu'il s'agisse de l'interdiction judiciaire pour cause d'imbécillité, démence ou fureur, soit qu'il s'agisse de l'interdiction légale par suite d'une condamnation à des peines afflictives perpétuelles ou à la peine des travaux forcés à temps,

(1) Req., 22 nov. 1836 (Dev., 37, 1, 83; Dall., 37, 1, 57).

de la détention ou de la réclusion. Par suite, le mari, à qui appartient de droit la tutelle, si c'est la femme qui est interdite (Code Napoléon, art. 506) (1), et, dans tous les autres cas, le tuteur nommé par le conseil de famille (*ibid.*, art. 505), ont leurs immeubles grevés de l'hypothèque légale au profit de l'interdit qu'ils représentent dans tous les actes civils (*suprà*, nº 492).

500. Mais notre article s'applique-t-il à ceux qui remplissent les fonctions de tuteur sans en avoir le titre légal? L'affirmative était certaine en droit romain. Telle était la faveur dont était environnée la cause de la minorité, que la loi étendait l'hypothèque aux biens de tous ceux qui, sans être tuteurs précisément, avaient administré les biens des mineurs à un titre analogue ou équivalent à celui de tuteur; ainsi l'hypothèque grevait les biens de celui qui, sans être tuteur, avait géré en cette qualité, de l'agent comptable qui avait été adjoint au tuteur, et même de ceux qui, sans se prétendre tuteurs, avaient géré comme amis. (L. 20, C. *De adm. tut.*, l. 19, § 1, et l. 23, ff. *De reb. auct. jud. possid.*, etc.) La même règle a été suivie par des auteurs dans l'ancienne jurisprudence et même sous le Code Napoléon (2). Il ne serait ni raisonnable ni juste, a-t-on dit, que celui qui a rempli les fonctions de tuteur, qui en a exercé la surveillance, ne fût pas tenu vis-à-vis du pupille et responsable de la même manière que celui qui a le titre légal de tuteur. Le pupille ne peut pas avoir à souffrir de ce que celui qui a administré sa fortune, qui a géré ses biens, qui l'a représenté dans les actes civils, n'avait pas été régulièrement investi de la tutelle : en fait, celui qui a géré pour lui n'a pu être qu'un tuteur à ses yeux; en droit, les sûretés que la loi accorde au pupille sur les immeubles du tuteur lui sont dues. Et par suite, en acceptant les termes mêmes de la loi romaine, on a dit que l'action hypothécaire est ouverte contre celui qui, sans être tuteur, en a rempli les fonctions, soit qu'il ait cru être tuteur, soit qu'il ait voulu l'être sachant qu'il ne l'était pas : *Sive se putet tutorem, sive sciat non esse, fingat tamen.* (L. 1, § 1, ff. *De eo qui potest.*)

Cependant il ne faudrait pas étendre la solution au delà d'une juste mesure : parfaitement exacte vis-à-vis de ceux qui gèrent comme tuteurs, sans être réellement tuteurs, de ceux qui usurpent les fonctions de la tutelle, elle manquerait d'exactitude et de vérité vis-à-vis de ceux qui, bien qu'ils aient géré, ne peuvent être considérés comme ayant géré *pro tutore*.

Ainsi, on a proposé pour exemple le fait d'un cohéritier qui se serait emparé indûment d'une succession appartenant pour partie à ses cohéritiers mineurs : la solution ne s'appliquerait pas évidemment dans ce

---

(1) Cet article ne parle que de l'interdiction *judiciaire*. Mais il n'est pas douteux, à notre avis, que la disposition en doit être étendue à l'interdiction *légale*, et, par conséquent, que la tutelle appartient de droit au mari de la femme condamnée. *Conf.* M. Valette (p. 282, note 1).

(2) *Voy.* Basnage (ch. 6), Brodeau, sur Louet (*Hyp.*, somm. 23), Pothier (*Hyp.*, chap. 1, sect. 1, art. 3). — *Conf.* M. Troplong (nº 421). — *Voy.* cependant M. Grenier (t. I, nº 273).



cas. « Il serait improposable, dit justement M. Troplong, de réclamer contre ce cohéritier une hypothèque légale, sous prétexte qu'il a fait les fonctions de tuteur ; il est clair que, loin de vouloir exercer les fonctions de la tutelle, il a cherché à frustrer, au contraire, ses cohéritiers, et à usurper sur eux ce qui leur appartenait : ce n'est pas là ce qu'on appelle *pro tutore gerere* (1). »

Il en serait de même à l'égard de celui qui aurait pris l'administration des biens d'un mineur *émancipé* (Code Napoléon, art. 480). L'avis contraire a été soutenu cependant devant les tribunaux, et même il a commencé par y prévaloir. Dans l'espèce, une fille mariée avec dispense du Souverain, et par conséquent émancipée par son mariage, était devenue veuve à l'âge de quatorze ans et deux mois ; elle s'était retirée chez son père, qui, de fait, avait repris l'administration de ses biens et de sa personne. Elle se remaria et se constitua en dot une somme de 10,000 fr. que son père lui avait donnée lors du premier mariage. Les biens de ce dernier ayant été ensuite mis en vente, sa fille se présenta à l'ordre et réclama collocation à raison des 10,000 fr. de dot, en vertu de l'hypothèque légale qu'elle prétendait avoir contre son père, comme si depuis le veuvage il fût redevenu son tuteur. Vainement on lui opposa qu'elle avait été irrévocablement émancipée par son premier mariage, et que son veuvage survenu avant sa quinzième année ne l'avait pas replacée sous la tutelle de son père ; la Cour de Grenoble estima que la qualité d'administrateur ou de tuteur n'ayant pas été repoussée par le père, il s'ensuivait que tous les biens de ce dernier avaient été grevés d'une hypothèque légale au profit de la fille. Evidemment les principes étaient méconnus en ceci. Car l'émancipation légale acquise de plein droit et par le seul fait du mariage au mineur qui se marie (Code Napoléon, art. 476) est irrévocable ; elle subsiste même après la dissolution du mariage, bien que l'époux soit encore à ce moment en état de minorité, puisque la loi qui prononce l'émancipation par le mariage ne fait aucune distinction. Si donc l'émancipation subsiste, il n'y a pas de tutelle ; et s'il n'y a pas de tutelle, il ne saurait y avoir d'hypothèque légale : c'est ce que la Cour suprême a reconnu, dans l'espèce, en cassant l'arrêt qui en avait autrement décidé (2).

Au contraire, la solution s'appliquera à la mère tutrice qui, en se remariant, a négligé de convoquer le conseil de famille pour décider si la tutelle doit lui être conservée. Sans doute l'art. 395 du Code Napoléon dispose, dans ce cas, que la femme perdra la tutelle de plein droit et que son nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle que la femme aura indûment conservée. Mais cette disposition ne signifie pas, comme l'a très-justement décidé la Cour de cassation, que la tutelle de la mère cesse d'exister ; seulement, une tutelle de fait est substituée à la tutelle de droit, et si la mère tutrice n'en

---

(1) MM. Troplong (*loc. cit.*, n° 421), Demolombe (t. VII, p. 302, n° 509), Taulier (t. VI, p. 286, 287).

(2) *Voy.* Cass., 21 fév. 1821.

peut désormais réclamer les avantages, l'enfant mineur n'en conserve pas moins ses sûretés, et continue d'avoir la garantie de l'hypothèque légale sur les biens de la mère, en raison de la tutelle indue et de fait qui a succédé à la tutelle légitime (1).

Mais on s'est demandé si, dans ce cas encore comme dans celui de l'art. 396 examiné plus haut (n° 499), le second mari est assujetti aussi à l'hypothèque légale. La question était prévue par la loi romaine, et la solution y était très-formelle contre le mari : « Si mater legitimè liberorum tutelâ susceptâ, ad secundas contra sacramentum præstitum, adspiraverit nuptias, antequam eis tutorem alium fecerit ordinari, eisque, quod debetur ex ratione tutelæ gestæ, persolverit : mariti quoque ejus præteritæ tutelæ gestæ ratiociniis bona jure pignoris tenebuntur obnoxia. » (L. 6, C. *in quib. caus. pign. vel. hyp. tacitè contrah.*) La même solution domine dans notre jurisprudence moderne (2). Quant à nous, nous hésiterions à suivre cet avis, au moins en thèse absolue. Nous l'admettrions volontiers si l'on opposait au second mari des faits positifs d'administration qui autoriseraient à penser que, de fait, il a géré lui-même la tutelle, et c'est dans cette hypothèse que l'hypothèque paraît avoir été accordée au mineur sur les biens du second mari par l'un des arrêts qui ont statué sur la question (3). Mais nous serions disposé à le rejeter, au contraire, si le second mari n'avait pas participé à l'administration, s'il l'avait laissée à la mère qui ainsi aurait continué la gestion qu'elle exerçait comme tutrice légitime avant son second mariage : nous dirions alors, avec Marcadé, que l'art. 395, faisant perdre la tutelle de plein droit à la femme, dans le cas qu'il prévoit, il en résulte que le second mari n'a pas même et ne peut pas avoir la qualité de tuteur; que tout se borne pour lui à la responsabilité des suites de la tutelle indûment conservée; et que, n'étant pas tuteur, même de fait, il ne doit pas être grevé, dans ses biens, d'une hypothèque établie seulement sur les immeubles du tuteur (4).

501. Après avoir indiqué les fonctions qui réunissent les caractères d'une véritable tutelle, et, par suite, emportent hypothèque en faveur des mineurs ou interdits, nous avons, pour compléter nos observations sur l'hypothèque des mineurs et interdits (celles du moins qui se rattachent à notre article), à préciser quelles sont les créances garanties par l'hypothèque légale.

A cet égard, la loi est conçue en des termes qui ne permettent pas l'équivoque. Notre article attribue l'hypothèque légale aux mineurs et interdits pour leurs *droits* et *créances,* et l'art. 2135, pour préciser

(1) Req., 15 déc. 1825. *Voy.* aussi Bruxelles, 17 mars 1821.

(2) *Voy.* Paris, 28 déc. 1822; Poitiers, 28 déc. 1824; Nîmes, 30 nov. 1831; Colmar, 26 nov. 1833; Cass., 14 déc. 1836. — *Voy.* aussi MM. Persil (art. 2121, n° 32), Grenier (t. I, n° 280), Taulier (t. VII, p. 287), Troplong (n° 426).

(3) *Voy.* l'arrêt de Poitiers du 28 déc. 1824.

(4) *Conf.* MM. Delvincourt (t. I, p. 475), Duranton (t. III, n° 426; t. XIX, n° 312), Zachariæ (t. II, p. 124), Marcadé (t. II, n° 187, *in fine*). — *Voy.* encore M. Martou (n° 768).

mieux encore, vient nous dire que l'hypothèque existe, sur les immeubles appartenant au tuteur, *à raison de sa gestion.* Ainsi, toutes les sommes dont le tuteur est débiteur par suite de son administration, toutes les sommes qu'il doit « par son compte, » suivant l'expression de Domat (1), sont garanties par l'hypothèque légale. Par cela même, la garantie existe à raison des sommes perçues par le tuteur pour son pupille et même pour celles que le tuteur aurait dû percevoir (2); à raison des dommages dont le tuteur peut être tenu pour ses fautes, sa négligence et, à plus forte raison, ses malversations (3); à raison des actes indûment faits par le tuteur, spécialement des aliénations par lui consenties sans l'accomplissement des formalités voulues par la loi, et ce nonobstant que le pupille ait, dans ce cas, l'action révocatoire contre les tiers, laquelle action ne saurait faire obstacle à l'exercice de l'action hypothécaire contre le tuteur, si cette dernière action est plus avantageuse pour le pupille, ou même s'il lui convient mieux de la choisir (4) : la garantie existe enfin non-seulement à raison des sommes principales provenant de ces causes diverses, mais encore pour les accessoires, et, par conséquent, pour les frais auxquels pourrait donner lieu l'exercice de l'action en reddition de compte (5). — Dans tout ceci, c'est en sa qualité de tuteur que celui qui a géré pour le pupille est débiteur; c'est par le compte même de tutelle qu'il est constitué reliquataire : l'application de notre article ne saurait donc présenter aucun doute.

Mais il y a quelque difficulté, ou plutôt la solution est moins absolue sur le point de savoir si la garantie existe également à raison des sommes dont le tuteur ou celui qui en a rempli les fonctions est débiteur à un autre titre que celui de tuteur. Par exemple, Pierre avait emprunté à Paul une somme de 10,000 fr.; au décès du créancier, son fils, qui trouve la créance dans la succession, est placé sous la tutelle de Pierre : la dette de celui-ci est-elle garantie par l'hypothèque légale que le fils de Paul, devenu créancier lui-même par la mort de son père, a sur les immeubles de son débiteur qui lui a été donné pour tuteur? Cela dépend, à notre avis, de l'époque fixée pour l'exigibilité de la dette. Cette dette vient-elle à échéance à une époque où la tutelle a pris fin, le créancier n'a pas la garantie de l'hypothèque légale; car le débiteur n'était pas encore tuteur quand il a contracté l'emprunt, et il ne l'était plus au moment où il devait acquitter son obligation, en sorte que la dette n'ayant été jamais une dette de tuteur, la cause constitutive de l'hypothèque légale fait défaut. La Cour de Douai a jugé, en ce sens, que le mineur n'a pas hypothèque légale sur les biens de son tuteur, à raison d'une

(1) Domat (*Lois civiles*, liv. 2, tit. 1, sect. 3, n° 36).

(2) *Voy.* Turin, 25 janv. 1811; Paris, 26 mars 1836; Pau, 17 juin 1837; Rouen, 18 janv. 1830 (Dev., 36, 2, 250; 38, 2, 161; 30, 2, 208).

(3) *Voy.* Toulouse, 18 déc. 1826; Bourges, 28 avr. 1838; Pau, 10 août 1850; Bourges, 6 mars 1855; Req., 23 déc. 1856 (Dev., 50, 2, 587; 55, 2, 363; Dall., 57, 1, 205). — *Voy.* cependant Douai, 18 mars 1840 (Dev., 40, 2, 289).

(4) Grenoble, 18 juill. 1849 (Dev., 50, 2, 261). — *Junge :* Toulouse, 18 déc. 1826. — *Voy.* cependant Grenoble, 12 déc. 1826.

(5) *Voy.* M. Troplong (n° 427).

somme que celui-ci a été chargé de lui laisser ou déléguer dans sa succession, sur un capital qui lui avait été légué (1). La décision est d'une exactitude parfaite : dans cette situation, où le tuteur avait recueilli en son nom et nullement en sa qualité de tuteur, il est clair que l'obligation de déléguer au pupille était une charge du legs qui lui avait été fait, et n'était pas une charge de la tutelle, une charge qui devait d'autant moins être garantie par l'hypothèque légale que le tuteur n'avait pas à l'accomplir de son vivant, et, partant, que l'obligation ne prenait naissance qu'après la fin de la tutelle. Au contraire, la dette devient-elle exigible au cours de la tutelle, elle est garantie par l'hypothèque légale aussi bien que les autres dettes procédant des causes ci-dessus indiquées : car le tuteur *a seipso exigere debuit;* il a dû se payer à lui-même, pour le compte de son pupille, la somme qu'il devait à ce dernier : il est donc réellement comptable comme tuteur; la cause de l'hypothèque se produit là dans toute sa réalité (2).

502. C'est par une distinction analogue que nous résoudrons la question controversée de savoir si l'hypothèque légale survit par elle-même à la majorité ou à la fin de la tutelle, et si elle frappe les biens du tuteur à raison de sa gestion ultérieure, et pendant les dix ans accordés au mineur, à partir de sa majorité, pour toute action qu'il aurait à intenter contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle. (Code Napoléon, art. 475.) Ici nous ne dirons pas d'une manière absolue, comme quelques arrêts, que le mineur peut invoquer le bénéfice de l'hypothèque légale pendant les dix ans qui suivent sa majorité (3). Nous ne dirons pas non plus d'une manière absolue, en sens inverse, que l'hypothèque légale étant celle qui est accordée au mineur ou à l'interdit sur les biens de son tuteur, il ne saurait y avoir hypothèque légale après la mort du mineur ou de l'interdit, ou après la majorité du mineur ou le rétablissement de l'interdit dans ses droits civils, puisque alors il n'y a plus de tutelle, par conséquent plus de mineur, d'interdit, ni de tuteur (4). Il faut, à notre avis, prendre un parti intermédiaire, ou plutôt il faut distinguer entre le cas où les actes de gestion à raison desquels le secours de l'hypothèque légale est invoqué se lient à la tutelle ou en sont une suite nécessaire, et le cas où ils en sont absolument indépendants. Les premiers s'accompliront généralement dans l'espace de temps assez restreint qui sépare habituellement la cessation de la tutelle de la reddition du compte dû par le tuteur, et il est aussi juste que naturel d'accorder, à raison de ces actes, le secours de l'hypothèque légale, puisque après tout ils rentrent dans la gestion même en

(1) *Voy.* Douai, 4 mai 1846 (Dev., 46, 2, 470).

(2) Turin, 25 janv. 1811. — *Voy.*, en ce sens, MM. Merlin (*Rép.*, v° Hyp., sect. 2, § 3, art. 4, n° 3), Persil (art. 2135, n° 5), Dalloz (v° Hyp., p. 160, 161), Zachariæ (t. II, p. 122), Troplong (n° 427), Taulier (t. VII, p. 295).

(3) *Voy.* Cass., 21 fév. 1838, 18 août 1840, 28 nov. 1842; Orléans, 12 janv. 1839; Toulouse, 18 juill. 1839; Pau, 19 août 1850; Toulouse, 7 mars 1855; Req., 23 déc. 1856 (Dev., 38, 1, 193; 40, 1, 995; 39, 2, 375 et 525; 55, 2, 259; *J. P.*, 1843, t. II, p. 454; 1852, t. II, p. 467; Dall., 57, 1, 205). *Voy.* aussi M. Troplong (n° 527).

(4) Grenoble, 16 janv. 1832; Bourges, 28 avr. 1838 (*J. P.*, 1838, t. II, p. 550).

vue de laquelle l'hypothèque légale a été établie. Quant aux autres, la même faveur ne leur est pas due évidemment; rien ne les rattache à la tutelle : la cause de l'hypothèque fait donc défaut. Le pupille ou ses ayants droit, s'ils ont laissé aux soins de l'ex-tuteur l'administration de leurs affaires, ont constitué par là une gestion nouvelle, qui n'est pas, comme la tutelle, établie par la loi ni dans des conditions de temps et de durée auxquelles des conventions particulières ne peuvent rien ajouter. C'est donc alors un arrangement pris entre personnes capables; le droit commun y suffit, et la loi n'a pas à y intervenir avec ses protections exceptionnelles. Tout consistera donc, sur la difficulté proposée, dans le point de savoir si les actes de gestion se rattachent ou non à la tutelle, si l'on peut ou non les regarder comme y étant compris et en faisant partie : ce sera une appréciation à faire par les tribunaux (1).

Aujourd'hui, d'ailleurs, la solution de la question recevra, dans une certaine mesure, l'influence de la loi du 23 mars 1855, dont l'art. 8 dispose que « si la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou ayants cause, n'ont pas pris inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, leur hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement. » Mais ceci touche encore, et plus particulièrement, à des questions d'un ordre différent; nous y revenons dans notre commentaire de l'art. 2135, où se trouve également le complément de nos explications relativement à l'hypothèque légale des mineurs et interdits.

VIII. — 503. *De l'hypothèque légale de l'Etat, des communes et des établissements publics.* — Enfin, la troisième hypothèque légale établie par notre article est celle de l'Etat, des communes et des établissements publics sur les biens des receveurs comptables. Sous le rapport de l'étendue et des conditions d'existence, cette troisième hypothèque légale diffère essentiellement des précédentes, comme on le verra par les explications sur les art. 2122, 2135 et 2161. Le seul point que nous ayons à préciser ici touche à la cause même de l'hypothèque, ce qui, pour cette hypothèque comme pour celle des mineurs et interdits, doit nous amener à reconnaître les personnes à qui elle est due et celles dont les biens sont grevés.

504. L'Etat, les communes et les établissements publics ont toujours été considérés comme mineurs relativement à leurs biens, et forcés de se confier, pour le maniement de leurs deniers, à des administrateurs comptables, dont le devoir dans le cercle de leurs fonctions tient de celui des tuteurs. La cause de l'hypothèque est dans cette situation même. La loi veut protéger l'Etat, les communes et les établissements publics contre des abus possibles, des fautes ou même des négligences

(1) Angers, 23 fév. 1853; Cass., 9 janv. 1855 (Dall., 53, 2, 42; Dev., 55, 1, 125; *J. P.*, 1856, t. I, p. 305). — *Conf.* MM. Demolombe (t. VIII, n° 28 et suiv.), Marton (n° 785), Dalloz (*Rép.*, nouv. édit., v° Minorité, n° 583). — *Junge* : Grenoble, 4 janv. 1854; Bourges, 6 mars 1855 (Dall., 54, 2, 137; 55, 2, 300).

de la part des intermédiaires dans lesquels ils sont forcés de se confier : et l'un des moyens de protection qu'elle avise est précisément l'hypothèque légale, qui, affectant par avance les biens de l'intermédiaire à la garantie de sa gestion, permettra, en tant que les conditions auxquelles sont subordonnées l'existence et l'efficacité de l'hypothèque auront été remplies, de ressaisir sur les propres biens de cet intermédiaire, et dans la mesure de leur valeur, la perte que son administration imprévoyante ou coupable aurait pu occasionner. — Voyons maintenant qui a droit à cette garantie exceptionnelle; nous dirons ensuite contre qui elle est établie.

505. Notre article accorde l'hypothèque légale d'abord à l'Etat. Nous savons déjà que l'Etat a une autre sûreté vis-à-vis de ses comptables, une sûreté supérieure même à l'hypothèque : c'est un privilége, sur lequel nous avons eu à nous expliquer plus haut (*suprà*, n[os] 38 et suiv.). Mais ce privilége, qui est général sur les meubles, est limité, au contraire, par rapport aux immeubles; il ne s'applique, comme nous l'avons dit au n° 42, qu'aux immeubles acquis *à titre onéreux depuis la nomination du comptable,* soit par lui-même, soit par la femme même séparée de biens, sauf, quant à celle-ci, le droit qu'elle a de justifier légalement que les deniers employés à l'acquisition lui appartenaient. Notre article ajoute à ce privilége la sûreté d'une hypothèque légale dont l'art. 6 de la loi du 5 septembre 1807 a fixé ensuite la mesure. Nous revenons là-dessus dans le commentaire de l'art. 2122 (*voy.* n° 513), en nous occupant de l'étendue de l'hypothèque légale. Et quant à présent, nous nous bornons à ajouter qu'un avis du Conseil d'Etat, approuvé le 25 février 1808, a, sur des considérations que nous avons eu déjà l'occasion de déduire (*suprà,* n° 38), étendu au trésor de la couronne l'hypothèque établie par notre article en faveur de l'Etat.

Après l'Etat, notre article mentionne les communes. Nous n'avons pas non plus d'observations particulières à présenter sur ce point, si ce n'est qu'aucune loi spéciale n'a statué sur les garanties données aux communes vis-à-vis de leurs comptables, et que, pour elles, tout est dans le principe posé par l'art. 2121. Ainsi, les communes n'ont pas de privilége, comme l'Etat; elles ont simplement l'hypothèque légale qui leur a été attribuée par cet article (1).

Il en est de même des établissements publics que notre article mentionne après les communes; l'unique garantie qui leur soit donnée est celle de l'hypothèque légale. Mais la difficulté ici consiste à reconnaître quels établissements doivent être classés dans la catégorie des établissements publics. Il faut entendre par là tous établissements fondés soit par l'Etat, soit par les communes dûment autorisées, en tant que ces établissements ont un but d'utilité publique. L'Université est dans ce cas, et cela a été formellement exprimé par le décret du 15 novembre 1811, dont l'art. 155 dispose que « l'art. 2121 du Code Napoléon, qui

(1) Un arrêt décide que l'hypothèque n'existait pas au profit des communes avant le Code Napoléon. Rej., 20 mars 1806.

établit l'hypothèque légale au profit des établissements publics, sera applicable à l'Université; » il y faut placer également les hôpitaux, les maisons d'asile, les établissements de charité, etc. Mais on n'y placera pas les associations de secours mutuel, les sociétés d'enseignement mutuel, qui, bien qu'elles soient des institutions d'*intérêt public*, ne sont pas cependant *établissements publics*, en ce que leur origine est toute privée.

Une question s'est élevée sur ce point, dans ces derniers temps : c'est celle de savoir si les caisses d'épargne constituent un établissement public dans le sens légal du mot. La Cour de cassation elle-même a été saisie de la difficulté à un point de vue particulier et tout spécial, celui de savoir si les caisses d'épargne ont besoin, pour agir ou défendre en justice, d'une autorisation préalable. Toutefois la Cour de cassation ne s'est pas nettement expliquée sur le caractère des caisses d'épargne, et, sans dire précisément si ou non elles sont établissements publics, elle s'en est tenue à juger que le silence de la loi du 5 juin 1835, constitutive des caisses d'épargne, quant à l'autorisation de plaider, ne permet pas de les considérer comme assujetties à la nécessité d'une pareille autorisation (1). Mais la question a été nettement tranchée par d'autres arrêts émanant de Cours impériales, et décidant : les uns, que les caisses d'épargne ne sont que des établissements privés (2); les autres, qu'elles sont, au contraire, des établissements publics (3). Quant à nous, nous pensons que les caisses d'épargne, avant la loi constitutive du 5 juin 1835, ont pu être regardées comme établissements purement privés; mais il nous paraîtrait difficile de n'y pas voir des établissements publics après la promulgation de la loi précitée et des lois ultérieures dont elles ont été successivement l'objet : ainsi la loi du 5 juin 1835 exige l'autorisation du gouvernement pour la fondation des caisses d'épargne, et les déclare habiles à recevoir des dons et legs dans les formes et selon les règles prescrites pour les établissements d'utilité publique; les lois des 22 et 30 juin 1851, et le règlement d'administration publique du 15 avril 1852, déterminent le mode de surveillance des caisses d'épargne, leur gestion, leur responsabilité, le cautionnement de leurs caissiers : tout cela implique l'idée d'établissements publics; et dès lors nous tenons que notre art. 2121 s'applique aux caisses d'épargne, qui, ainsi, ont une hypothèque légale sur les immeubles de leurs caissiers et receveurs : c'est ce que décide spécialement l'un des arrêts auxquels nous avons fait allusion tout à l'heure (4).

506. Maintenant, contre qui l'hypothèque légale est-elle accordée? Notre article nous dit que c'est contre les *receveurs et administrateurs comptables*. Nous nous sommes expliqué déjà sur ce point en traitant du privilége accordé à l'Etat par la loi du 5 septembre 1807; nous n'avons qu'à nous référer à nos précédentes observations (*suprà*, n° 39),

(1) Cass., 3 avr. 1854 (Dev., 54, 1, 301).
(2) Paris, 17 mars 1854; Caen, 18 mai 1854 (Dev., 55, 2, 504 et 697).
(3) Amiens, 22 mars 1855 (Dev., 55, 2, 350).
(4) *Voy.* l'arrêt d'Amiens cité à la note précédente.

en ajoutant qu'il en est de l'hypothèque légale comme des priviléges, dès lors que celle des communes et des établissements publics, comme celle de l'Etat, est accordée seulement contre les fonctionnaires auxquels est confié le maniement des deniers publics, et nullement contre ceux dont les fonctions consistent uniquement à diriger l'emploi de ces deniers ou à surveiller l'administration ou la gestion des agents comptables (1) : d'où suit que les communes et les établissements publics ne peuvent prétendre à une hypothèque légale sur les biens des préfets et des maires, qui ne reçoivent pas leurs fonds, mais qui en ordonnent et surveillent l'emploi.

Ici s'arrêtent nos observations en ce qui concerne le principe même de l'hypothèque légale et sa cause dans les trois cas où elle est établie par notre article; voyons maintenant quelle en est l'étendue.

2122. — Le créancier qui a une hypothèque légale peut exercer son droit sur tous les immeubles appartenant à son débiteur, et sur ceux qui pourront lui appartenir dans la suite, sous les modifications qui seront ci-après exprimées.

2140. — Lorsque, dans le contrat de mariage, les parties majeures seront convenues qu'il ne sera pris d'inscription que sur un ou certains immeubles du mari, les immeubles qui ne seraient pas indiqués pour l'inscription resteront libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot de la femme et pour ses reprises et conventions matrimoniales. Il ne pourra pas être convenu qu'il ne sera pris aucune inscription.

2141. — Il en sera de même pour les immeubles du tuteur, lorsque les parents, en conseil de famille, auront été d'avis qu'il ne soit pris d'incription que sur certains immeubles.

2142. — Dans le cas des deux articles précédents, le mari, le tuteur et le subrogé tuteur, ne seront tenus de requérir inscription que sur les immeubles indiqués.

2143. — Lorsque l'hypothèque n'aura pas été restreinte par l'acte de nomination du tuteur, celui-ci pourra, dans le cas où l'hypothèque générale sur ses immeubles excéderait notoirement les sûretés suffisantes pour sa gestion, demander que cette hypothèque soit restreinte aux immeubles suffisants pour opérer une pleine garantie en faveur du mineur.

La demande sera formée contre le subrogé tuteur, et elle devra être précédée d'un avis de famille.

2144. — Pourra pareillement le mari, du consentement de sa femme, et après avoir pris l'avis des quatre plus proches parents

(1) *Voy.* quelques applications spéciales dans les arrêts suivants : Aix, 12 fév. 1806; Pau, 25 juin 1810; Rej., 3 juill. 1817; Cass., 12 janv. 1835; Rej., 9 juin 1847 (Dall., 53, 1, 306).

d'icelle, réunis en assemblée de famille, demander que l'hypothèque générale sur tous ses immeubles, pour raison de la dot, des reprises et conventions matrimonales, soit restreinte aux immeubles suffisants pour la conservation entière des droits de la femme.

2145. — Les jugements sur les demandes des maris et des tuteurs ne seront rendus qu'après avoir entendu le procureur impérial, et contradictoirement avec lui.

Dans le cas où le tribunal prononcera la réduction de l'hypothèque à certains immeubles, les inscriptions prises sur tous les autres seront rayées.

SOMMAIRE.

I. Pourquoi nous réunissons ici les sept articles ci-dessus. — Division.

II. En principe, l'hypothèque légale est générale, en ce sens qu'elle s'étend à tous les immeubles présents et à venir du débiteur, même à ceux que le débiteur aurait acquis lui-même après avoir perdu la qualité à raison de laquelle ses biens sont affectés.

III. Application du principe à chacune des hypothèques légales établies par l'art. 2121 du Code Napoléon.

IV. Suite : observations particulières en ce qui concerne l'hypothèque légale de la femme : — son hypothèque s'étend, en certains cas exceptionnellement prévus par la loi, à des biens qui n'appartiennent au mari que sous une condition résolutoire (Code Napoléon, art. 952 et 1054) : — elle s'étend, dans le cas où la femme est mariée en communauté, aux conquêts, même lorsqu'ils ont été aliénés ou grevés de droits réels pendant le mariage, et cela dans tous les cas, sauf celui où la femme aurait concouru à l'aliénation ou à l'affectation du conquêt. Rétractation d'une opinion contraire de l'auteur.

V. Le principe de la généralité de l'hypothèque légale souffre exception en certains cas. Le premier cas est établi par la loi elle-même; il est propre à l'hypothèque légale de la femme et se vérifie lorsque le mari tombe en faillite. Quels sont, dans ce cas, les biens grevés de l'hypothèque légale de la femme : examen de la jurisprudence.

VI. Le second cas procède de la convention; il est propre à l'hypothèque légale de la femme et à celle des mineurs et interdits; mais l'hypothèque légale de l'État, des communes et des établissements publics, n'y est pas comprise. Le cas prévu par les art. 2140 et suiv. permet de spécialiser l'hypothèque et de la restreindre à un ou plusieurs immeubles d'une valeur suffisante pour garantir les droits et créances de la femme, du mineur ou de l'interdit.

VII. De la spécialisation de l'hypothèque convenue dans le contrat de mariage ou dans l'acte de nomination du tuteur.

VIII. De la spécialisation faite pendant le mariage ou la tutelle, lorsqu'elle n'a pas été convenue par le contrat de mariage ou dans l'acte de nomination du tuteur.

I. — 507. Nous avons montré plus haut, en nous occupant de la nature et des caractères de l'hypothèque, que, dans le système de la loi, il y a des hypothèques *générales* et des hypothèques *spéciales*, les premières étendues à tous les immeubles du débiteur, les autres limitées à certains immeubles déterminés. Nous avons dit également que les hypothèques *spéciales* ou *déterminées* sont celles-là seules dont la cause est dans la convention des parties (*suprà*, n° 323). L'hypothèque légale devait donc être *générale* et *indéterminée*, puisqu'elle existe de plein droit, en dehors de toute convention, par la seule autorité de la loi et

indépendamment de toute manifestation de la volonté, par le créancier, d'obtenir cette sûreté, et par l'obligé, de la consentir. En effet, l'art. 2122 nous dit ici que « le créancier qui a une hypothèque légale peut exercer son droit *sur tous les immeubles appartenant à son débiteur, et sur tous ceux qui pourront lui appartenir dans la suite.* »

Cette généralité, qui est l'un des caractères de l'hypothèque légale, a été aussi l'un des points auxquels la critique et la réforme se sont le plus souvent attaquées ; et il faut dire qu'en apparence du moins, c'est l'un des côtés par lesquels l'hypothèque légale a pu donner quelque prise aux critiques. Au premier aperçu, en effet, la généralité de l'hypothèque légale et son caractère indéterminé se montrent comme un inconvénient et un danger, sinon pour les tiers qui, en tout état de cause peuvent se prémunir contre les effets d'une telle hypothèque ou même s'abstenir de traiter avec le débiteur dont les biens en sont grevés, au moins pour ce débiteur lui-même, dont le crédit est paralysé, dont l'action est gênée par la charge qui affecte ses biens et les affecte souvent au delà de ce qu'exigerait la sûreté des droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attachée.

Il ne faut rien exagérer pourtant ; en y regardant de près, on voit que l'inconvénient et le danger ne sont pas, dans la réalité, ce qu'ils sont en apparence. D'abord, l'hypothèque des mineurs et des interdits est nécessairement temporaire : celle des mineurs, parce que la minorité a son terme marqué par la loi et que, même sans attendre la majorité, le mineur peut sortir de la tutelle par l'émancipation ; celle des interdits, parce que nul, à l'exception des époux, des ascendants et descendants, n'est tenu de conserver la tutelle d'un interdit au delà de dix ans, et qu'à l'expiration de ce délai, le tuteur doit demander et peut obtenir son remplacement (Code Napoléon, art. 508). Quant à l'hypothèque légale de la femme, l'inconvénient résultant de sa généralité au point de vue du crédit du mari trouve son remède et son contre-poids dans les cessions et renonciations que nous avons étudiées sous l'article précédent, dans ces subrogations que la pratique a imaginées, et qui, en toute hypothèse à peu près (puisqu'il n'y a d'exceptée que celle où la femme est placée sous une constitution générale de dot, *voy.* n[os] 451 et suiv.), permettent à la femme de rétablir le crédit de son mari en lui apportant le concours de son propre crédit.

Et puis, ce n'est pas tout, la loi elle-même vient au secours du débiteur dont les biens sont grevés d'une hypothèque légale. Sans doute elle ne va pas, à l'exemple des législations allemandes, récemment imitées, dans une certaine mesure, en Belgique (1), jusqu'à poser en principe qu'on devra estimer par avance et évaluer à forfait les créances garanties par l'hypothèque légale : un tel principe, outre qu'il est compromettant dans nombre de cas à raison de l'impossibilité de déterminer par anticipation l'importance des créances auxquelles est due la sûreté

(1) *Voy.* la loi belge du 16 déc. 1851, art. 64 et suiv. ; MM. Delebecque (*Comm. législ.*, p. 249 et suiv.), Martou (t. III, p. 5, et n[os] 880 et suiv.).

de l'hypothèque, ne peut trouver sa place que dans un système de législation qui fait de l'inscription la condition d'existence de l'hypothèque; or, en thèse générale, l'hypothèque légale, d'après notre Code, existe indépendamment de toute inscription (art. 2135). Mais notre Code ne rejette pas d'une manière absolue le principe de ces législations étrangères; il prévoit le cas où l'hypothèque excède notoirement les sûretés suffisantes pour la gestion du mari ou du tuteur, et, dans ce cas, il corrige ou tempère l'inconvénient qui peut résulter de la généralité de l'hypothèque au point de vue du crédit du tuteur ou du mari, en permettant, par exception, aux parties intéressées, moyennant l'observation de formalités qu'il a pris soin de déterminer, de spécialiser l'hypothèque conventionnellement entre elles ou de la faire spécialiser judiciairement par les tribunaux. C'est ce tempérament que la loi a fait pressentir dans l'art. 2122, lorsque après avoir posé le principe de la généralité pour l'hypothèque légale, elle ajoute : « sous les modifications qui seront ci-après exprimées; » et c'est ce tempérament qu'elle organise ensuite dans les art. 2140 à 2145, qui s'occupent successivement de la restriction *conventionnelle* de l'hypothèque légale et de sa restriction *judiciairement autorisée*, lorsque les parties ont omis ou n'ont pas été dans le cas d'y pourvoir par la convention.

On voit par cet exposé comment les art. 2140 et suivants jusqu'à l'art. 2145 inclusivement se rattachent à l'art. 2122, et pourquoi, ayant à nous expliquer sur l'étendue de l'hypothèque légale quant aux biens qu'elle affecte, nous avons rapproché et réuni ces divers articles (1). Nous plaçons ainsi sous les yeux du lecteur à la fois la règle et l'exception : l'intelligence de la loi n'en peut qu'être facilitée. Suivons maintenant la loi dans ses détails, et attachons-nous d'abord à la règle; nous viendrons ensuite à l'exception.

II. — 508. En principe, l'hypothèque légale est générale; c'est l'une de ses prérogatives, et cette prérogative, à la différence de celle qui consiste dans la dispense d'inscription ou de publicité, ne tient pas seulement à l'état d'incapacité ou de subordination du créancier (*suprà*, n° 466), elle tient encore à la nature même de la créance dont l'hypothèque légale est l'accessoire. La créance résulte, en effet, d'une série d'actes d'administration, de gestion ou d'aliénation, par suite desquels la situation du débiteur vis-à-vis du créancier peut être incessamment modifiée, en sorte que jusqu'au jour qui vient mettre un terme à la gestion, jusqu'à l'acte qui liquide la position ou apure les comptes, il n'est pas possible de fixer d'une manière certaine et précise la mesure dans laquelle le gérant pourra être constitué débiteur. De là vient la généralité de l'hypothèque : comme il était impossible de circonscrire à l'avance et de spécifier le gage d'une créance dont rien ne permet d'entrevoir à

(1) Les art. 2161, 2162 et 2165, contiennent des dispositions analogues à celles des art. 2140 et suiv. Toutefois ces articles, à la différence des art. 2140-2145, ne sont pas propres à l'*hypothèque légale*. Il est vrai de dire même qu'ils se rapportent plus particulièrement à l'hypothèque *judiciaire*. C'est pourquoi il sera plus à propos de s'en occuper à la section suivante, qui a pour objet cette dernière hypothèque.

l'avance l'importance et la quotité, tous les immeubles du gérant, ses immeubles présents et à venir, devaient être offerts pour gage et grevés éventuellement : telle est la règle que notre art. 2122 a formulée. Les applications qu'elle est susceptible de recevoir sont fort variées; il y en a de communes aux diverses hypothèques légales établies par l'art. 2121, d'autres qui concernent particulièrement l'hypothèque légale de la femme ; mais, avant d'aborder ces détails, il importe de se fixer sur la règle elle-même.

509. La loi nous dit que l'hypothèque légale grève tous les immeubles *appartenant actuellement au débiteur et tous ceux qui pourront lui appartenir dans la suite*. De là une difficulté : l'hypothèque s'attachera-t-elle à tous les immeubles acquis par le débiteur *à une époque quelconque,* fût-ce même quand il a perdu la qualité de tuteur par la cessation de la tutelle, la qualité de mari par la dissolution du mariage, la qualité d'administrateur comptable par démission, révocation ou autrement? Par exemple, Paul est tuteur de son fils Pierre; il perd son enfant, et, un an après, il se rend acquéreur de la terre de Nervers. Plus tard, cette terre est vendue, et un ordre s'ouvre sur le prix; l'aïeule maternelle du mineur décédé, et son héritière pour moitié (l'autre moitié étant dévolue au père), vient à l'ordre et y réclame collocation en vertu de l'hypothèque légale du mineur Pierre sur les immeubles de Paul, son père et son tuteur. Les créanciers de ce dernier, inscrits sur la terre de Nervers, contestent cette collocation sous le prétexte que l'hypothèque légale du mineur ne peut s'étendre sur un immeuble qui n'est devenu la propriété du tuteur qu'après la cessation de la tutelle. Y sont-ils fondés? On pourrait le croire si l'on s'en tenait aux textes seulement; on pourrait dire, en effet, et l'on a dit plusieurs fois devant les tribunaux, que les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée par l'art. 2121 sont ceux des femmes mariées sur les biens *de leurs maris,* ceux des mineurs et interdits sur les biens *de leurs tuteurs,* ceux de l'Etat, des communes et des établissements publics, sur les biens *des administrateurs comptables;* et qu'il n'y a plus de *mari,* plus de *tuteur,* plus d'*administrateur comptable,* quand le mariage, la tutelle, l'administration du comptable a pris fin. On peut, en invoquant le bénéfice du principe *cessante causâ, cessat effectus,* ajouter que, lorsqu'il n'y a plus de mariage, de tutelle ou de maniement de fonds publics, il n'est plus possible d'acquérir un droit qui n'existait pas précédemment; que si les droits acquis doivent être maintenus en ce sens que les biens régulièrement frappés de l'hypothèque légale continueront à y être soumis, il en doit être tout autrement par rapport aux biens survenus au débiteur après la cessation de la cause qui produisait l'hypothèque, et qu'en l'absence de l'élément générateur de cette hypothèque privilégiée, les biens acquis ne peuvent plus être atteints (1).

Ces considérations, cependant, n'ont prévalu ni en doctrine ni en ju-

(1) *Voy.*, en ce sens, M. Cubain (*Des Droits des femmes*, n° 527).



risprudence. Les tribunaux et les auteurs ont constamment décidé que l'hypothèque légale de la femme ou du mineur frappe même les biens advenus au mari ou au tuteur depuis la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle (1); et la Cour de Rouen a fait une application spéciale de cette doctrine en décidant que la femme d'un commerçant failli conserve, après le concordat obtenu par le mari, une hypothèque légale sur les biens qui adviennent ultérieurement à celui-ci, pour garantie de la restitution de la portion de sa dot excédant le dividende qu'elle a touché dans l'actif de la faillite (2). — Cette solution ne nous semble pas contestable. Il est certain, d'une part, que les droits et créances des femmes, des mineurs et interdits, de l'Etat, etc., sont garantis par une hypothèque légale sur les biens des maris, tuteurs et administrateurs comptables (art. 2121). D'une autre part, il est certain que celui auquel la loi attribue une hypothèque légale exerce ou peut exercer son droit sur tous les immeubles appartenant à son débiteur et *sur tous ceux qui peuvent lui appartenir dans la suite* (art. 2122). Or la loi ne fait ici aucune restriction. Il n'est donc pas possible de mettre à l'abri du droit hypothécaire les biens qui adviennent au débiteur après qu'il a cessé d'être tuteur, mari ou administrateur comptable. Peu importe que la loi ait parlé du *tuteur,* du *mari,* du *comptable :* ces qualifications, dans le langage du droit (*voy*. 295-302, 471, 472, 474, 475) comme dans celui du monde, sont données indifféremment et à celui qui est actuellement et à celui qui a été tuteur, mari, comptable; en sorte que l'expression peut s'appliquer aux deux situations. D'ailleurs, au-dessus du mot il faut mettre l'idée. Or il a été manifestement dans la pensée du législateur que les garanties accordées aux créances protégées par l'hypothèque légale durassent autant que ces créances elles-mêmes : dès lors ces garanties, comme le disent les arrêts qui ont statué sur ce point de droit, ne doivent être ni modifiées ni diminuées par la dissolution du mariage, ou par la cessation de la tutelle ou des fonctions d'administrateur comptable; elles doivent subsister, au contraire, toujours semblables et toujours entières, tant que la créance à laquelle elles se rattachent n'est pas éteinte elle-même. Encore une fois, il semble qu'aucune difficulté n'aurait dû s'élever sur ce point.

Une seule chose aurait pu être contestée, et l'a été en effet, même par quelques-uns des auteurs qui ont admis l'extension de l'hypothèque légale aux immeubles acquis postérieurement à la dissolution du mariage ou à la cessation de la tutelle : c'est que, même par rapport à ces immeubles, l'hypothèque demeurât dispensée d'inscription (3). Mais ce serait anticiper sur ce que nous aurons à dire dans nos observations relatives à la publicité (*infrà,* art. 2134 et suiv.) que de reprendre ici cette question dont la solution, du reste, conserve son importance même en présence de l'art. 8, ci-dessus reproduit (*voy*. n° 502), de la

(1) Lyon, 17 avr. 1843; Req., 17 juill. 1844; Lyon, 23 nov. 1850 (Dev., 44, 1, 641; 51, 2, 87). — *Junge :* MM. Duranton (t. XIX, n° 327), Valette (n° 133).
(2) Rouen, 6 juin 1844 (Dev., 45, 2, 180).
(3) *Voy*. M. Duranton (*loc. cit.*).

loi du 23 mars 1855; et, nous renfermant dans notre sujet, nous répétons qu'en principe l'hypothèque légale est générale, en ce sens qu'elle s'étend à tous les immeubles présents et à venir du débiteur, même à ceux que le débiteur aurait acquis lui-même après avoir perdu la qualité à raison de laquelle ses biens immeubles sont affectés.

510. Nous disons que l'hypothèque grève tous les immeubles acquis par le débiteur *lui-même;* et par là nous entendons résoudre une question qu'on a parfois soulevée : celle de savoir si l'hypothèque frappe les immeubles personnels des héritiers du débiteur. Par exemple, Paul, tuteur datif de Joseph, est mort pendant la minorité de son pupille, laissant pour héritier Pierre, son fils, auquel appartenait en propre la terre de Nervers. Cette terre est saisie immobilièrement sur Pierre, et un ordre est ouvert. Joseph, qui ne trouve pas un gage suffisant dans les immeubles de la succession, pourra-t-il se présenter à cet ordre et y requérir collocation en vertu de l'hypothèque légale qu'il avait contre Paul, son tuteur? Non assurément : l'hypothèque, dans les termes de la loi, atteint les immeubles *du débiteur;* aucun texte ne l'a étendue, en outre, aux immeubles personnels des *héritiers* de ce débiteur. « Générale hypothèque de tous biens, dirons-nous donc avec Loysel, comprend les présents et à venir, *et non ceux des hoirs* (1). » Et vainement on opposerait, dans notre espèce, que Pierre, héritier légitime de Paul, continue la personne de ce dernier. Il résultera bien de là que Pierre, s'il ne renonce pas à la succession, ou si, en l'acceptant, il ne se réserve pas le bénéfice d'inventaire, sera tenu personnellement des dettes de son auteur, et pourra même subir une condamnation par l'effet de laquelle ses biens propres seront affectés de l'hypothèque judiciaire; il n'en résultera pas que ces biens recevront l'empreinte de l'hypothèque légale dont se trouvent grevés les immeubles qu'il a recueillis dans la succession de son auteur, parce que, encore une fois, cette hypothèque est accordée par la loi limitativement contre le débiteur originaire (2).

511. Complétons nos observations relatives à la généralité de l'hypothèque légale, en disant que cette hypothèque reçoit, en général du moins, l'influence des modalités dont la propriété peut être affectée aux mains du débiteur.

Ainsi, supposons que tel immeuble appartenant au mari, au tuteur, ou à l'administrateur comptable, n'est entre ses mains que sous une condition suspensive, il est clair que la charge hypothécaire, comme la propriété elle-même, est subordonnée à l'événement. La condition vient-elle à se réaliser, la propriété est acquise définitivement au débiteur, et même, en vertu de l'effet rétroactif de la condition, elle est censée lui avoir appartenu toujours; par cela même, la propriété est affectée de l'hypothèque légale, et doit être considérée comme en ayant été grevée dès l'origine. Au contraire, la condition vient-elle à défaillir, le débiteur n'est pas propriétaire et ne l'a même été jamais, en sorte que l'im-

(1) Loysel (*Inst. cout.*, liv. 3, tit. 7, règle 21).
(2) *Sic* M. Valette (n° 133).

meuble reste affranchi d'une hypothèque qui, par l'effet rétroactif de la condition, ne l'a jamais frappé.

Supposons que tel immeuble appartienne au mari, au tuteur, à l'administrateur comptable, sous une condition résolutoire, c'est encore à l'événement qu'il faudra se reporter, et régler, en général du moins, le sort de l'hypothèque d'après les principes généraux du droit. Ainsi, la condition vient-elle à se réaliser, le droit de propriété s'évanouit et avec lui s'évanouit l'hypothèque légale. Toutefois ceci est une règle générale et non absolue; nous verrons bientôt (*infrà*, nos 519 et 520) que, dans deux cas spéciaux prévus par la loi (Code Napoléon, art. 952 et 1054), l'*hypothèque légale de la femme* peut s'étendre par exception à des biens qui n'appartenaient au mari que sous une condition résolutoire. — Au contraire, la condition vient-elle à défaillir, le mari, le tuteur ou l'administrateur comptable se maintient dans son droit de propriété, en sorte que l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit, de la femme, de l'Etat ou des communes, y conserve son empreinte.

Nous n'insistons pas davantage sur ces observations générales. Nous en avons dit assez pour qu'il soit aisé de se rendre compte de la règle même de la généralité de l'hypothèque légale; et nous pouvons maintenant suivre les applications de cette règle en ce qui concerne chacune des hypothèques légales établies par l'art. 2121, en rappelant toutefois ici que, de ces applications, les unes sont communes aux diverses hypothèques légales, les autres propres à l'hypothèque légale de la femme.

III. — 512. En ce qui concerne les applications communes aux diverses causes d'hypothèque légale, tout se résume dans cette idée, que les immeubles du débiteur sont grevés d'une manière immédiate, quant à ceux qu'il possède, au moment où l'hypothèque prend naissance, et quant à ceux qu'il acquiert ultérieurement, à mesure qu'il les acquiert et quel que soit le titre de l'acquisition. Il y a pourtant quelques points à préciser.

Ainsi, nous disons que tous les immeubles présents sont grevés d'une manière immédiate. Mais supposons qu'au moment du mariage, de l'ouverture d'une tutelle ou de l'entrée en fonctions d'un administrateur comptable, le mari, le tuteur ou le comptable fasse partie d'une société possédant des immeubles : l'hypothèque légale de la femme, du pupille ou de l'Etat frappe-t-elle sur ces immeubles? Non sans doute; car ces immeubles sont la propriété collective de la société, et l'on ne peut pas dire qu'ils appartiennent au débiteur, qui, tout au plus, y a une expectative, mais qui n'en a actuellement la disposition en aucune manière : aussi a-t-il été justement décidé que l'hypothèque légale accordée à la femme ne s'étend pas aux immeubles sociaux, encore même que les fonds dotaux aient été versés par le mari dans la caisse de la société (1). Tout ce qu'on peut admettre, c'est qu'au moment de la dissolution de la société, l'immeuble qui a appartenu à cette société vien-

---

(1) Paris, 25 mars 1811. — *Junge* : Toulouse, 31 juill. 1820; Req., 10 mai 1831 (Dev., 31, 1, 202). — *Voy.* aussi M. Troplong (*Hyp.*, n° 434, et *Soc.*, n° 860).

dra se placer sous l'hypothèque légale si la liquidation et le partage le mettent dans le lot du débiteur dont les immeubles sont grevés d'une telle hypothèque (1).

513. Nous disons ensuite que les immeubles à venir sont atteints à mesure que le débiteur les acquiert et quel que soit le titre de l'acquisition. Mais ici il faut distinguer entre l'Etat et les autres créanciers auxquels l'art. 2121 attribue l'hypothèque légale. Rappelons, en effet, que l'Etat a un *privilége* sur les immeubles *acquis à titre onéreux depuis la nomination du comptable,* soit par le comptable, soit par sa femme, même séparée de biens (*suprà,* nos 42 et 505). L'hypothèque légale de l'Etat s'applique donc, quant aux immeubles du comptable, seulement à ceux que le privilége n'atteint pas; et c'est ce que dit formellement la loi du 5 septembre 1807, dont l'art. 6 est ainsi conçu : « A l'égard des immeubles des comptables *qui leur appartenaient avant leur nomination,* le trésor public a une hypothèque légale, à la charge de l'inscription, conformément aux art. 2121 et 2134 du Code civil. — Le trésor public a une hypothèque semblable, et à la même charge, sur les biens acquis par le comptable *autrement qu'à titre onéreux, postérieurement à sa nomination.* » Mais, en définitive, on le voit, tous les immeubles que le comptable peut acquérir sont grevés au profit du trésor; il y a seulement, quant à l'étendue de l'hypothèque (nous parlerons plus tard de la publicité), cette différence entre le comptable et le tuteur ou le mari, que ses immeubles à venir, au lieu d'être grevés indistinctement d'une hypothèque légale à mesure qu'ils sont acquis, sont atteints par privilége si l'acquisition en a été faite à *titre onéreux,* l'hypothèque demeurant réservée pour les immeubles acquis *à un tout autre titre.*

514. Ceci précisé, nous revenons à l'application de notre règle, que les immeubles acquis par le débiteur sont le gage du créancier à mesure qu'ils sont acquis et quel que soit le titre de l'acquisition. Ainsi, que l'immeuble advienne au débiteur par succession, donation, legs, achat, etc.; que l'acquisition en soit faite à titre gratuit ou à titre onéreux, il n'importe : l'hypothèque légale s'y attache et l'ajoute aux sûretés du créancier. La généralité même de la règle dispense d'insister sur les applications. Il est deux cas, toutefois, qui ont présenté quelque difficulté : ce sont les cas d'échange et de réméré.

515. Par exemple, Paul est propriétaire de la ferme de la Martinière au moment où il se marie, ou bien quand il est investi des fonctions de tuteur; au cours du mariage ou de la tutelle, il échange cette ferme contre celle de Bon-Plaisir. Que devient, dans ce cas, l'hypothèque légale de la femme de Paul ou celle de son pupille? Elle atteint de plein droit la ferme de Bon-Plaisir reçue par Paul en contre-échange; cela n'est pas douteux. Mais demeure-t-elle en même temps attachée à la ferme de la Martinière donnée en échange, ou bien l'hypothèque a-t-elle cessé de grever cette dernière ferme pour s'imprimer sur l'autre? La question

(1) *Voy.* l'arrêt du 10 mai 1831 cité à la note précédente.

paraît avoir été controversée sous l'ancienne jurisprudence. Soulatges, par exemple, estimait que, dans le cas où tel immeuble était hypothéqué, l'échange de cet immeuble n'avait pas pour effet d'y éteindre l'hypothèque et de la faire passer sur l'immeuble reçu en contre-échange. Mais, ajoutait-il, « il en serait sans doute autrement si le débiteur avait hypothéqué tous ses biens présents et à venir ; il est certain que, dans ce cas, cette hypothèque générale comprendrait le fonds baillé en contre-échange ; ce qui doit être entendu, non que le créancier fût en droit de faire saisir et vendre, par décret, le fonds échangé, mais seulement le fonds baillé en contre-échange, comme tenant la place du fonds baillé en échange, suivant la maxime : *Subrogatum capit naturam subrogati;* de sorte qu'en ce cas le fonds baillé en échange serait libre entre les mains de celui qui l'aurait à ce titre (1). » C'est aussi l'opinion émise, sous le Code Napoléon, par M. Grenier, qui se fonde sur ce que, s'il en était autrement, le créancier aurait une hypothèque double de celle sur laquelle il devait compter (2). Toutefois cette solution n'avait pas prévalu sous l'ancienne jurisprudence (3), et, malgré son apparente équité, elle ne doit pas non plus, ce nous semble, être suivie aujourd'hui. L'immeuble grevé d'hypothèque n'est pas affranchi par cela seul qu'il sort des mains du débiteur : la charge qui l'affecte le suit entre les mains du nouveau possesseur ; il ne peut être libéré qu'au moyen de la purge ou d'une radiation volontaire. Si rien de cela n'a eu lieu, l'hypothèque subsiste ; et cela explique comment la charge hypothécaire demeure attachée à l'immeuble échangé nonobstant l'échange : elle y demeurerait attachée incontestablement si l'immeuble avait été vendu ; il n'y a pas de raison pour qu'il en soit autrement lorsqu'il a été échangé, l'échange étant l'équivalent de la vente. Quant à l'immeuble reçu en contre-échange, comment échapperait-il à l'hypothèque ? L'échangiste, en définitive, est un acquéreur ; il acquiert l'immeuble qu'il reçoit en contre-échange ; et puisque l'hypothèque légale a ce caractère de généralité qui la fait s'étendre sur tous les biens à venir du débiteur, sur tous les immeubles que le débiteur peut acquérir à un titre quelconque, il est de toute évidence qu'elle doit frapper l'immeuble acquis par échange, comme elle frapperait l'immeuble acquis par toute autre voie. Ainsi, l'application simultanée de l'hypothèque légale aux immeubles faisant l'objet d'un échange, trouve sa justification soit dans les principes généraux en matière d'hypothèque, soit dans le caractère propre de l'hypothèque légale, et c'est avec raison qu'elle a été consacrée par la doctrine et par la jurisprudence (4).

516. Maintenant, supposons qu'au moment du mariage ou de l'ouverture de la tutelle le mari ou le tuteur avait un droit de réméré sur un

(1) *Voy.* Soulatges (*Des Hyp.*, p. 101).
(2) *Voy.* M. Grenier (*Des Hyp.*, t. I, n° 106).
(3) *Voy.* Domat (*Lois civ.*, liv. 3, sect. 1, n° 12), Pothier (*De la Vente*, n° 620), Denizart (v° Échange, n° 7).
(4) *Voy.* Req., 9 nov. 1815. — *Junge :* MM. Zachariæ (t. II, p. 122, note 1), Troplong (n° 434 *bis*).

immeuble antérieurement vendu sous faculté de rachat : quel sera le droit hypothécaire de la femme ou du mineur par rapport à cet immeuble? La situation même indique que ce droit est entièrement subordonné, et dans les termes que nous avons indiqués plus haut en thèse générale (*voy.* n° 511). La vente en réméré ayant dès lors transporté la propriété à l'acquéreur, quoique sous condition résolutoire, l'hypothèque légale postérieure ne s'étendrait pas en cet état sur l'immeuble. La Cour de cassation a décidé, en ce sens, que l'inscription prise sur les biens présents et à venir d'un débiteur en vertu d'un jugement rendu contre ce débiteur après qu'il avait vendu l'un de ses immeubles, mais avant l'expiration du délai stipulé pour l'exercice du rachat qu'il s'était réservé d'effectuer, n'avait pas frappé sur cet immeuble (1). La solution, parfaitement exacte par rapport à l'hypothèque judiciaire, serait la même, et par les mêmes motifs, par rapport à l'hypothèque légale.

Mais si le droit de réméré vient à être exercé, et s'il est exercé par le vendeur lui-même, l'hypothèque légale frappera l'immeuble, parce que, par rapport au créancier nanti de cette hypothèque, il y a là une acquisition nouvelle, et que l'effet légal de son hypothèque est de s'étendre non-seulement sur tous les biens présents de son débiteur, mais encore sur tous les biens à venir, à mesure qu'ils deviennent sa propriété.

Nous disons qu'il en est ainsi lorsque le réméré est exercé par le vendeur *lui-même;* c'est qu'en effet il en serait autrement si le droit de réméré était exercé par un autre auquel le vendeur l'aurait cédé. L'arrêt dont nous parlions tout à l'heure a décidé que si le vendeur cède son droit de réméré à un tiers, et si c'est le tiers cessionnaire qui fait le rachat, l'hypothèque judiciaire obtenue sur les biens à venir du vendeur ne peut frapper le bien racheté par le cessionnaire, le créancier hypothécaire du vendeur à réméré n'étant pas créancier hypothécaire du cessionnaire. C'est de toute évidence, et ce que l'arrêt dit là de l'hypothèque judiciaire, il faut le dire également de l'hypothèque légale (2): l'immeuble qui avait cessé d'appartenir au vendeur avant la naissance de l'hypothèque légale n'est pas rentré dans ses mains, puisqu'il a cédé à autrui, non l'immeuble, mais la faculté de le racheter. Et vainement on opposerait que le cessionnaire devenu acquéreur tient son droit du vendeur; car, ainsi que le dit l'arrêt, ce droit remonte à la vente même, puisque l'acquéreur sous faculté de réméré a mis le cessionnaire en son lieu et place, et que la cession du droit de rachat, renfermant virtuellement renonciation par le vendeur à l'exercer lui-même, l'a dépouillé personnellement de la faculté qu'il s'était réservée.

IV. — 517. Nous avons vu que, comme l'hypothèque légale du mi-

---

(1) *Voy.* **Req., 21 déc. 1825. — Quelques arrêtistes ont paru critiquer cet arrêt, ou du moins l'ont mis en opposition avec d'autres arrêts desquels il résulte que le vendeur à réméré peut conférer hypothèque sur l'immeuble par lui vendu sous cette condition. Mais l'appréciation manque d'exactitude; la question résolue par ces derniers arrêts diffère de celle qui nous occupe ici : c'est ce qu'on verra par le commentaire de l'art. 2125.**

(2) *Conf.* **M. Troplong (*loc. cit.*).**

neur, l'hypothèque légale de la femme s'étend à tous les immeubles appartenant actuellement au débiteur et à tous ceux qui pourront lui appartenir dans la suite; mais, dans les applications particulières du principe, l'hypothèque des femmes va quelquefois plus loin que celle du mineur. Elle peut, en certains cas, s'attacher à des immeubles dont le mari n'a pas actuellement la propriété d'une manière incommutable et définitive, et y demeurer assise même après que le droit de propriété du mari est résolu : c'est une première classe de difficultés prévues par la loi elle-même. En d'autres cas, l'hypothèque de la femme se maintient avec toutes ses prérogatives sur des immeubles qui cependant ont été aliénés, ou y conserve son rang de préférence nonobstant les droits réels qui y auraient été établis. C'est une seconde classe de difficultés qui se sont produites dans la pratique, où elles soulèvent l'une des questions les plus controversées de notre sujet. — Arrêtons-nous d'abord aux difficultés de la première classe.

518. Nous avons dit plus haut (*voy.* n° 511) que lorsque le débiteur dont les biens sont grevés d'une hypothèque est propriétaire de tels ou tels immeubles sous une condition résolutoire, ces immeubles cessent d'être atteints par l'hypothèque légale si la condition vient à se réaliser, parce que l'événement de la condition a pour effet de résoudre *ab initio* le droit de propriété du débiteur. La règle est commune à toutes les hypothèques. Mais elle peut recevoir exception en faveur de celle de la femme dans deux cas particuliers, qui ont lieu dans les donations faites avec stipulation d'un droit de retour et dans les substitutions permises.

519. Le premier cas est prévu par l'art. 952 du Code Napoléon, aux termes duquel « l'effet du droit de retour sera de résoudre toutes les aliénations des biens donnés, et de faire revenir ces biens au donateur, francs et quittes de toutes charges et hypothèques, *sauf néanmoins l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales,* si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas, et dans le cas seulement où la donation lui aura été faite par le même contrat de mariage duquel résultent ces droits et hypothèques. »

Ainsi, j'interviens au contrat de mariage de Paul et d'Eugénie, et je donne à Paul, qui accepte, ma maison de Versailles, en stipulant toutefois que si je venais à survivre à Paul et à ses descendants je reprendrais, par droit de retour, la maison par moi donnée; l'hypothèque d'Eugénie, *à raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales,* s'attache immédiatement à cette maison de Versailles, et, à moins que les autres biens de Paul ne suffisent à la garantie d'Eugénie, l'hypothèque légale reste attachée à cette maison de Versailles et la suit entre mes mains si, Paul venant à prédécéder ainsi que ses descendants, j'exerce le droit de retour que je m'étais réservé. Toutes autres affectations que Paul aurait pu consentir s'évanouiront par l'accomplissement de la condition résolutoire qui donne lieu à l'exercice de mon droit de retour; mais l'hypothèque légale d'Eugénie subsistera, si celle-ci ne trouve pas de quoi se remplir, sur les autres biens de Paul, de sa dot et de ses conventions matrimoniales, parce que la loi suppose que celui qui inter-

vient au contrat de mariage et fait au futur la donation d'un immeuble, a la pensée d'assurer à la future, en cas de besoin, les garanties sur lesquelles elle a dû compter pour les stipulations du contrat (1).

Mais on remarquera que, dans ce cas, l'hypothèque est subsidiaire, puisqu'elle est subordonnée à l'insuffisance des autres biens du mari pour la garantie de la femme, et qu'en outre elle est dérogatoire au droit commun sur les effets de la condition résolutoire, puisqu'elle peut survivre à l'exercice d'un droit de retour qui, dans la vérité des choses, n'est qu'une condition résolutoire de la donation. De là quelques conséquences qu'il faut signaler.

L'hypothèque est subsidiaire; donc la femme ne pourra suivre l'immeuble dans les mains du donateur auquel il retourne, et y exercer son droit, qu'à la condition de discuter les autres biens du mari et d'en prouver l'insuffisance. Ainsi, elle discutera tous les immeubles du mari, et non-seulement ceux qui sont situés dans le ressort de la Cour où s'est ouverte la succession, mais encore tous les immeubles situés en France, quels que puissent être les frais de la discussion (2). Devra-t-elle discuter aussi les biens mobiliers? A s'en tenir au texte, l'affirmative paraît certaine, puisque l'art. 952 subordonne l'hypothèque légale sur l'immeuble repris par l'exercice du droit de retour à l'insuffisance des *autres biens* de l'époux donataire, et qu'ainsi l'article semble ne faire aucune exception à raison de la nature des biens; toutefois nous pensons que la discussion du mobilier ne devra être exigée de la femme que dans un cas seulement, qui même sera très-rare, celui où il n'existera aucun créancier (3).

L'hypothèque est dérogatoire au droit commun; donc la disposition de la loi doit être rigoureusement maintenue dans ses termes. Ainsi, l'hypothèque légale de la femme ne subsiste, dans les termes de la loi, nonobstant l'exercice du droit de retour, qu'à raison de la dot et des conventions matrimoniales; par conséquent, les créances qui résulteraient de faits postérieurs au contrat de mariage contenant la donation ne seraient pas garanties par l'hypothèque légale : tels sont l'indemnité des dettes contractées par la femme avec son mari, et le remploi des propres aliénés. (*Voy.* Marcadé, t. III, n° 697.) — Ainsi encore, la loi fait survivre l'hypothèque à la réalisation de la condition résolutoire dans le cas seulement où la donation avait été faite dans le contrat de mariage lui-même; par conséquent, l'hypothèque légale de la femme s'évanouira comme toutes les autres hypothèques ou comme toutes les autres charges par l'effet du droit de retour si la donation avait été faite, soit avant le contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté. — Par la même raison, l'hypothèque ne subsisterait pas sur l'immeuble repris

(1) *Voy.* Furgole (quest. 42, n°° 40 et suiv.) et MM. Merlin (*Rép.*, v° Réversion, sect. 1, § 2, art. 3), Grenier (*Des Donations*, n° 35), Coin-Delisle (art. 952, n° 3), Marcadé (t. III, n° 697).

(2) *Voy.* MM. Duranton (t. VIII, n° 374), Poujol (art. 980, n° 68), Coin-Delisle (*loc. cit.*, n° 9). — *Voy.* cependant M. Grenier (n° 631).

(3) *Sic* M. Coin-Delisle (*loc. cit.*).

par l'exercice du droit de retour au profit de la seconde femme du donataire, quand même la donation aurait été faite dans le contrat de mariage de ce dernier avec sa première femme. Dans ce cas, qui n'est plus celui de l'art. 952, il pourrait bien être fait, au sujet de l'hypothèque, une convention particulière avec le donateur; mais ce serait alors d'une hypothèque conventionnelle qu'il s'agirait, d'une hypothèque qui, n'existant plus dès lors par la seule force de la loi, ne pourrait subsister, même contre le donateur, s'il y avait lieu à retour, que par l'inscription, qui est, comme nous le verrons sous les articles suivants, la condition d'existence de toute hypothèque autre que l'hypothèque légale (1).

Du reste, la disposition de l'art. 952, en ce qui concerne le maintien de l'hypothèque légale de la femme, nonobstant l'exercice du droit de retour, peut être modifiée ou même mise complétement à l'écart par la stipulation. Par exemple, rien ne s'oppose à ce que le donateur remette les choses dans les termes du droit commun en déclarant, dans le contrat de mariage où il intervient pour gratifier le mari, que, le cas échéant où le retour qu'il se réserve serait exercé, l'hypothèque légale s'effacera, comme toutes autres charges, de l'immeuble par lui donné; ainsi, la disposition de l'art. 952, qui nous occupe, serait comme non avenue. De même, rien ne s'oppose à ce que le donateur déclare que, malgré l'exercice du droit de retour, l'hypothèque légale sera maintenue non-seulement pour la dot et les conventions matrimoniales, mais encore pour les créances qui pourraient naître au cours du mariage; ainsi, la disposition de la loi, au lieu d'être effacée, serait étendue. Rien enfin ne s'oppose à ce que le donateur fasse de cette hypothèque subsidiaire une hypothèque principale, c'est-à-dire qu'il y soumette d'une manière absolue l'immeuble par lui donné en dispensant la femme de discuter les autres biens de son mari donataire, et de prouver qu'ils sont insuffisants pour la garantie de ses droits; ainsi, la disposition de la loi se trouverait modifiée dans son économie. Mais toutes ces stipulations seraient parfaitement licites; elles devraient toutes être maintenues et respectées : cela tient à la pensée même de la disposition, qui, étant fondée sur la volonté présumée du donateur, peut être étendue ou limitée, ou même être entièrement supprimée par l'expression formelle d'une volonté différente (2).

520. Le second cas ci-dessus indiqué est prévu par l'art. 1054 du Code Napoléon, qui permet aux femmes des grevés de substitution d'exercer un recours subsidiaire, sur les biens à rendre, si les biens libres sont insuffisants, mais seulement pour le capital des deniers dotaux et dans le cas uniquement où le testateur ou *donateur* (3) l'aurait expres-

---

(1) *Voy.* MM. Delvincourt (t. II, p. 279), Coin-Delisle (*loc. cit.*, n° 5), Bayle-Mouillard, sur Grenier (n° 35). — *Voy.* cependant M. Vazeille (art. 952, n° 3).

(2) *Voy.* MM. Coin-Delisle (*loc. cit.*, n° 10), Marcadé (t. III, n° 697), Valette (p. 249).

(3) L'art. 1054 parle du testateur seulement; c'est que les substitutions se font plus habituellement en la forme testamentaire : mais il est admis que ce que l'article dit du testateur s'entend également du donateur. *Voy.* Marcadé (t. IV, n° 237).

sément ordonné. Ainsi Joseph, qui n'a pas d'enfants, laisse en mourant, à son frère Pierre sa maison de Versailles, à la charge par celui-ci de conserver la maison léguée, et de la rendre à ses enfants nés ou à naître. Quel est, en thèse générale, le droit des appelés? C'est qu'à la résolution de la propriété de Pierre, grevé de substitution à leur profit, toute concession d'hypothèque, toute aliénation, toute constitution de servitude que celui-ci aurait faite serait nulle vis-à-vis d'eux, en vertu de la maxime : *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*. Cependant l'art. 1054 permet qu'une exception soit faite en faveur de la femme du grevé, dont l'hypothèque légale tiendra, pour la garantie du capital des deniers dotaux, sur l'immeuble à rendre si le testateur l'a ainsi ordonné.

Il n'est pas de notre sujet d'entrer dans le commentaire de cet article, d'en rechercher l'origine, d'en expliquer la pensée et le but; cela touche à la matière des *Substitutions*, et Marcadé a donné, sur ces divers points, des explications sur lesquelles il serait hors de propos de revenir ici (*voy*. t. IV, nos 237 et 238). Il nous suffira, au point de vue de notre sujet, de faire remarquer que le cas prévu par cet article, bien qu'il soit analogue au précédent, en ce que, comme celui-ci, il constitue une dérogation au droit commun sur les effets de la condition résolutoire, s'en distingue cependant, dans les détails, d'une manière très-notable. Dans l'un et dans l'autre, il est vrai, l'hypothèque, grevant l'immeuble au profit de la femme du donataire ou du grevé de substitution, est une hypothèque subsidiaire, et, par conséquent, dans l'un et dans l'autre, la femme ne peut exercer son droit qu'après avoir discuté les autres biens du mari et avoir prouvé qu'ils sont insuffisants (à moins qu'elle n'en ait été dispensée par le donateur dans le cas de l'art. 952); mais, pour le surplus, il y a entre les deux cas des différences nombreuses. Ainsi, dans celui de l'art. 1054, il faut que le donateur ou le testateur, en faisant la substitution, ait formellement exprimé sa volonté en faveur de la femme du grevé de substitution, sans quoi l'immeuble substitué ne recevra pas l'empreinte de l'hypothèque légale, tandis que, dans le cas de l'art. 952, l'hypothèque légale de la femme du donataire s'attache sur l'immeuble donné indépendamment de toute manifestation de volonté de la part du donateur. Dans le cas de l'art. 1054, l'hypothèque légale garantit seulement le capital des biens dotaux, tandis que, dans celui de l'art. 952, elle protége la dot et les conventions matrimoniales en capital et intérêts. Enfin, dans le cas de ce dernier article, l'hypothèque légale peut, comme on l'a vu au numéro précédent, être étendue par la volonté du donateur, tandis que, dans le cas de l'art. 1054, il est admis, par la généralité des auteurs (1), que la disposition de la loi doit être maintenue dans ses termes rigoureux, et

(1) *Voy*. MM. Maleville (art. 1054), Grenier (n° 378), Delvincourt (p. 107, notes 5 et 6), Dalloz (sect. 2, art. 5, § 2, nos 20 et 21), Duranton (t. VIII, n° 595), Coin-Delisle (art. 1054, n° 1), Marcadé (t. IV, n° 237), Duvergier, sur Toullier (t. V, n° 745). — *Voy*. cependant MM. Toullier (*loc. cit.*), Favard de Langlade (v° Substitution, sect. 2, § 5, n° 18).

que l'hypothèque ne peut jamais garantir que le capital des deniers dotaux, quand même le donateur ou le testateur aurait expressément déclaré que l'hypothèque légale de la femme du grevé s'étendrait aux intérêts de la dot, aux conventions matrimoniales, à l'indemnité des dettes contractées par la femme avec le mari, au remploi de ses propres aliénés, etc.

Telles sont les applications extensives consacrées par la loi elle-même. Passons maintenant à celles qui se sont produites dans la pratique.

521. Ici la question est toute spéciale au cas où la femme est mariée sous le régime de la communauté, et, comme nous l'avons dit, la difficulté qu'elle soulève est l'une des plus compliquées de notre matière : il s'agit de savoir si l'hypothèque légale de la femme s'étend aux immeubles qui sont entrés dans l'actif de la société conjugale, c'est-à-dire aux conquêts de la communauté.

Il y a une première hypothèse à laquelle il faut s'arrêter d'abord : elle a ses complications, bien qu'elle ne soit pas celle dans laquelle se présentent les difficultés sérieuses de la question.

Nous supposons que les conquêts immeubles existent à la dissolution de la société conjugale et que la femme ou ses héritiers se trouvent, avant partage, en présence du mari ou de créanciers simplement chirographaires de la communauté; en d'autres termes, nous supposons que non-seulement les conquêts n'ont pas été aliénés, mais encore qu'ils ne sont grevés d'aucune charge réelle ni par suite de l'administration du mari, ni par suite de condamnations judiciaires. Dans ce cas, si la femme, comme nous l'avons soutenu contre des arrêts célèbres de la Cour suprême, n'a aucun droit de préférence sur les *valeurs mobilières* de la communauté (1), il est juste de reconnaître qu'elle a, au contraire, son hypothèque légale sur les conquêts.

Cela n'est pas contestable dans le cas où la femme renonce à la communauté; et, comme nous l'avons dit dans le *Traité du Contrat de Mariage* que nous avons publié avec M. Rodière (*voy.* t. I, n° 888), nous répétons ici que la renonciation de la femme produisant les effets attachés à l'événement de la condition résolutoire par rapport à son droit de propriété, il s'ensuit que le mari reste propriétaire en vertu de son titre originaire, d'où la conséquence ultérieure que tous les immeubles sont désormais censés avoir été la propriété du mari, et que ceux qui ont eu la qualité de conquêts sont, comme tous les autres, grevés de l'hypothèque générale donnée à la femme par la seule autorité de la loi.

Cela ne doit pas être contesté davantage dans le cas où la communauté est acceptée par la femme; nous nous reprochons de nous être exprimé, dans le même ouvrage (*voy.* n° 834), en termes tellement généraux, sur ce cas d'acceptation, qu'on a pu induire de nos expressions une solution contraire (2). La solution par nous émise dans cette

(1) *Voy.* nos dissertations dans la *Revue critique*, t. III, p. 436; t. IV, p. 552; t. VI, p. 308, et t. IX, p. 487 et suiv.

(2) *Voy.* M. Berthauld (*De l'Hyp. lég. des femm. mar. sur les conq. de la comm.*, nos 2 et 12).

partie de l'ouvrage cité est inexacte sans doute; nous le démontrerons aux nos 525 et 526 : la vérité est, cependant, que nous avons eu en vue, dans ce passage, le cas seulement où la femme acceptante se trouve en concours avec d'*autres créanciers hypothécaires*, et non celui dont il s'agit ici, où nous la supposons en présence du mari ou de ses créanciers simplement chirographaires. La femme, même quand elle accepte la communauté, a, dans ce cas, le bénéfice de son hypothèque légale sur les conquêts : nous l'avons toujours pensé et nous le pensons encore.

C'est là l'opinion dominante (1); elle n'est pas cependant unanimement admise; quelques auteurs, parmi lesquels nous rencontrons Marcadé lui-même, enseignent que, l'art. 2121 ne donnant hypothèque à la femme que sur les *immeubles du mari*, il est bien impossible de reconnaître l'existence de cette hypothèque sur des biens qui, par l'effet du partage, peuvent devenir, au contraire, biens de la femme elle-même (2). Mais, nous devons le dire, nous ne sommes frappé en aucune manière de cette impossibilité prétendue. Nous voyons, au contraire, nous qui n'admettons pas que la communauté constitue un être moral qui se place entre les époux (3), que, pendant la durée de la communauté, les biens qui la composent sont communs entre les époux, et que chacun d'eux a un droit de propriété indivis sur tous et chacun des biens. Pourquoi donc les immeubles qui entrent dans l'actif ne seraient-ils pas grevés de l'hypothèque établie en termes si généraux au profit de la femme par les art. 2121 et 2135? Nous voyons, d'un autre côté, que si en consentant à l'aliénation de l'un de ses propres la femme avait formellement stipulé qu'une hypothèque spéciale lui serait conférée sur un conquêt, cette affectation spéciale du conquêt serait incontestablement efficace. Et nous nous demandons pourquoi l'affectation générale résultant de la loi elle-même ne serait pas efficace également. Nous voyons enfin que si des condamnations sont prononcées contre le mari pendant la durée de la société conjugale, les jugements emportent une hypothèque qui, en vertu de sa généralité, frappera incontestablement les conquêts de la communauté aussi bien que les immeubles qui sont dès maintenant et définitivement propres du mari. Et nous nous demandons pourquoi il en serait autrement de l'hypothèque légale à laquelle le législateur attribue le même caractère de généralité. Aussi les auteurs ont admis, comme nous l'avons dit, que, même dans le cas d'acceptation, la femme qui est en présence de son mari ou de créanciers simplement chirographaires a son hypothèque légale sur les conquêts de la communauté.

522. Maintenant, supposons le partage intervenu; dans quelle mesure la femme a-t-elle son hypothèque légale? Cela seul, dans l'état

(1) *Voy.* MM. Grenier (*Hyp.*, t. I, n° 248), Tessier (*De la Dot*, t. II, p. 311), Zachariæ (t. III, p. 456), Odier (*Du Contr. de mar.*, n° 504), Valette (p. 252), Berthauld (*loc. cit.*, nos 3 et suiv.).

(2) *Voy.* MM. Troplong (*Cont. de mar.*, t. III, n° 1646), Marcadé (t. V, art. 1472, n° 3).

(3) *Voy.* notre *Traité du Contrat de Mariage* (t. I, n° 296).

actuel de la doctrine et de la jurisprudence, peut être mis en question. A cet égard, on estime, en général, que l'hypothèque légale existe sur la portion de conquêts que le partage met au lot du mari, et, au contraire, que les immeubles échus à la femme sont affranchis de cette hypothèque (1). A vrai dire, la distinction n'intéresse pas la femme elle-même, qui, ayant la propriété des immeubles à elle échus, n'a pas besoin de recourir à son hypothèque légale. Mais elle intéresse essentiellement les créanciers auxquels la femme aurait pu, pendant la communauté, céder ses reprises, et qu'elle aurait subrogés dans l'hypothèque légale. Il est clair, en effet, que si cette hypothèque cesse d'être attachée à la portion d'immeubles échue à la femme, ces créanciers, s'ils n'ont pas une hypothèque de leur chef, pourront être primés, sur cette portion d'immeubles, par d'autres créanciers auxquels la femme aurait donné hypothèque après la dissolution de la communauté; et, en effet, il a été décidé en ce sens que, dans le cas où la femme a subrogé un tiers à son hypothèque légale, ce tiers ne peut, à la dissolution de la communauté, exercer son droit hypothécaire sur la part revenant à la femme, dans un acquêt de cette communauté, ce bien, copropriété de la femme dès son entrée en communauté, et repris par elle au même titre, n'ayant pu, à aucune époque, être grevé de l'hypothèque légale de la femme (2). Nous ne croyons pas, quant à nous, que cette solution soit la meilleure. Et vainement les décisions citées ici nous disent-elles que la femme ne pouvant avoir hypothèque sur ses propres biens, les créanciers qu'elle a subrogés dans son hypothèque légale ne sauraient avoir plus de droits qu'elle-même. L'objection n'aurait de valeur qu'autant qu'il serait établi que le cessionnaire d'une créance hypothécaire perd son droit par cela seul que le cédant devient propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Or il n'en est rien. Voilà pourquoi nous inclinons à penser, qu'au moins au point de vue que nous venons d'indiquer, l'hypothèque légale de la femme conserve son influence sur les conquêts de la communauté, même sur la part qui en échoit à la femme (3).

523. De cette hypothèse, la moins compliquée, passons à celle dans laquelle se produisent les difficultés sérieuses de la question. La femme est en présence, non plus du mari, mais de tiers ayant sur les conquêts des droits réels résultant soit d'affectations consenties par le mari, soit de condamnations judiciaires. Peut-elle opposer son hypothèque légale à ces tiers?

La jurisprudence présente là-dessus un ensemble que nous n'adoptons pas dans toutes ses parties, bien que, cependant, elles se combinent entre elles parfaitement. Elle a d'abord posé en principe que les

---

(1) *Voy.* Rej., 1er août 1848 (Dev., 48, 1, 727). — *Junge :* MM. Duranton (t. XIX, n° 328), Valette (*loc. cit.*, p. 217). *Voy.* aussi les Observations de la Faculté de droit de Dijon dans l'enquête administrative de 1841 (*Doc. hyp.*, t. II, p. 412).

(2) *Voy.* l'arrêt du 1er août 1848 cité à la note précédente. — *Junge :* Paris, 31 mars 1853 (Dev., 53, 2, 337) et 3 déc. 1838 (*J. P.*, 1839, t. II, p. 217).

(3) *Voy.* M. Berthauld (*loc. cit.*, n° 37 et suiv.). — Mais *voy.* M. Troplong (*Cont. de mar.*, n° 1649). — *Voy.* encore M. Gauthier (*De la Subrog. de pers.*, n° 596).

conquêts de communauté sont grevés de l'hypothèque légale, mais seulement d'une manière conditionnelle, en ce sens que l'hypothèque subsiste avec son droit de préférence vis-à-vis des créanciers dans le cas où la femme renonce à la communauté, et qu'elle s'éteint, au contraire, si la communauté est acceptée (1).

Puis, déduisant les conséquences de cette théorie, la jurisprudence reconnaît que le droit hypothécaire peut, exceptionnellement, être exercé soit par la femme elle-même, soit par les créanciers qu'elle aurait subrogés dans son hypothèque légale, et cela par anticipation et avant toute renonciation à la communauté. Par exemple, en ce qui concerne la femme, voici que des conquêts sont expropriés et que le prix en est mis en distribution avant qu'elle ait pris parti. Si elle n'est pas admise à produire et si elle n'obtient pas collocation, il arrivera, le cas échéant où le mari n'aurait pas des propres ou n'en aurait que d'une valeur insuffisante, que l'hypothèque légale cesserait d'être une garantie et que le prix des conquêts passerait aux mains de créanciers auxquels la femme aurait été préférée, si elle avait pu renoncer. La jurisprudence tient compte de cette situation, que peut-être la femme a été forcée de subir, et, s'attachant à l'éventualité du droit hypothécaire sur les conquêts qui est son œuvre, elle accorde à la femme une collocation *provisoire,* et, en même temps, au lieu de lui livrer la somme qui lui reviendrait dans l'ordre, elle lui impose la condition de consigner à la sûreté de qui de droit, c'est-à-dire pour elle-même et dans son propre intérêt si elle vient à renoncer, pour les créanciers colloqués après elle si elle accepte la communauté (2).

En ce qui concerne les créanciers subrogés dans l'hypothèque légale, ils obtiennent, en général, la même faveur que la femme, c'est-à-dire une collocation provisoire, en attendant que celle-ci ait pris parti sur l'acceptation ou la renonciation entre lesquelles elle peut opter. Il est tels cas, cependant, où la jurisprudence leur accorde plus encore. Ainsi, la femme, quand la communauté est dissoute, met-elle à prendre parti une lenteur calculée, ou même s'arrête-t-elle, par fraude ou collusion, à une résolution manifestement contraire à ses intérêts, dans ces cas la jurisprudence fait prévaloir le principe posé dans l'art. 1167 sur l'éventualité du droit hypothécaire, et admet les créanciers à requérir, en vertu de cet article, une collocation *définitive* même avant toute répudiation par la femme de la communauté. — Ainsi encore, le mari est-il en état de déconfiture ou de faillite, la jurisprudence s'attache à la disposition de l'art. 1446 du Code Napoléon et admet les créanciers à re-

(1) Cour de cass., 9 nov. 1813, 9 nov. 1814, 16 fév. 1841, 1er août 1848, 30 avr. 1849, 4 fév. 1856; Angers, 26 août 1812, Bourges, 26 août 1814; Paris, 12 déc. 1816; Orléans, 14 nov. 1817; Caen, 10 janv. 1832; Rouen, 11 mars 1846; Douai, 17 juin 1847; Bordeaux, 2 mars 1848; Orléans, 16 mars 1850; Colmar, 1er mars 1855 (Dev., 41, 1, 550; 48, 1, 727; 49, 1, 465, et 2, 71; *J. P.*, 1850, t. I, p. 799; Dalloz, 56, 1, 61; 57, 2, 37).

(2) Rouen, 11 mars 1846; Lyon, 17 avril 1854 (Dev., 46, 2, 503; 55, 2, 577; *J. P.*, 1856, t. I, p. 183).



quérir collocation *définitive* pendant le mariage; et même, dans l'esprit des décisions rendues sur ce point, l'*ordre* peut être assimilé à la *déconfiture* (1). Telle est, sur ce point important, la jurisprudence prise dans son ensemble.

La doctrine, de son côté, procède d'après les mêmes distinctions. En général, elle admet que la femme, lorsqu'elle a accepté la communauté, ne peut pas, soit par elle-même, soit par les créanciers qu'elle a subrogés dans son hypothèque légale, exciper du droit de préférence résultant de cette hypothèque, sur les conquêts de la communauté, à l'encontre des tiers auxquels ces conquêts ont été engagés par le mari. C'est, du moins, l'opinion de la majorité des auteurs, qui regardent l'acceptation de la communauté comme une sorte de ratification de la part de la femme de tous les engagements pris par le mari (2). Au contraire, si la femme renonce à la communauté, la doctrine, en général, lui reconnaît le droit d'agir hypothécairement, même sur les conquêts que le mari a grevés d'hypothèque (3).

Cependant, si c'est là l'opinion dominante, il faut se garder de croire qu'elle soit incontestée. Elle est combattue, au contraire, en sens divers par des auteurs en assez grand nombre, qui, rejetant toute distinction entre le cas où la femme accepte la communauté et celui où elle y renonce, estiment : les uns, que la femme, même acceptante, et par conséquent les créanciers qu'elle a subrogés dans son hypothèque légale, peuvent se prévaloir de cette hypothèque sur les conquêts (4); les autres, au contraire, que les conquêts sont affranchis d'une manière absolue de l'hypothèque légale, de telle sorte que la femme, même renonçante, ou les créanciers qu'elle a subrogés, ne peuvent faire obstacle à l'exercice, par les tiers, des droits hypothécaires que le mari leur aurait conférés (5).

524. C'est à cette dernière opinion que nous avions cru d'abord devoir nous rattacher, ou du moins c'est celle que nous avions cru rentrer le mieux dans les principes de la loi en matière de communauté (6). Il nous avait paru que l'hypothèque légale sur les conquêts de la communauté est incompatible tant avec les pouvoirs exercés par le mari pen-

---

(1) Paris, 30 juin 1853; Orléans, 12 juill. 1854; Rej., 4 fév. 1856 (Dev., 54, 2, 561; 55, 2, 177; Dall., 56, 1, 61).

(2) *Voy.* MM. Delvincourt (t. III, note sur la page 165), Grenier (t. I, n° 248), Persil (*Quest.*, t. I, p. 233), Duranton (t. XIV, n° 516, et t. XIX, n° 329), Troplong (*Priv. et hyp.*, n° 433 *ter*, et *Cont. de mar.*, n°s 1646 et suiv.), Valette (*Des Priv. et hyp.*, p. 255), Taulier (t. VII, p. 310), Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 460).

(3) *Voy.* MM. Grenier et Troplong (*loc. cit.*), Duranton (t. XIX, n° 330), Tessier (*Traité de la Dot*, t. II, p. 311), Odier (*Du Contrat de mar.*, t. I, n° 584), Taulier (*loc. cit.*).

(4) *Voy.* M. Gauthier (*Subrog. des pers.*, n°s 590 et suiv., et notamment au n° 594). — *Voy.* aussi la Monographie de M. Berthauld (*De l'Hyp. lég. des femm. mar. sur les conquêts de la comm.*). — *Voy.* encore Zachariæ (t. II, p. 127).

(5) *Voy.* MM. Delvincourt (t. III, note sur la page 165), Persil (*Quest.*, t. I, p. 233, et *Rég. hyp.*, art. 2121, n° 10), Cubain (*Du Dr. des femm.*, n° 528), Valette (p. 258).

(6) *Voy.* le *Traité du Contrat de mariage* que nous avons publié avec M. Rodière (t. I, n°s 834 et 888).

dant la durée de la société conjugale qu'avec le crédit dont il doit jouir dans l'intérêt même de l'administration des biens communs.

Aujourd'hui, après y avoir pensé davantage, nous rejetons sans hésiter la doctrine vers laquelle nous avions d'abord incliné; et, nous référant aux principes mêmes sur l'autorité desquels nous avons combattu la jurisprudence, rappelée tout à l'heure (*suprà*, n° 521, p. 519), qui attribue un droit de préférence à la femme sur les valeurs mobilières de la communauté, à ces principes qui manifestement doivent dominer aussi la question actuelle, nous demeurons convaincu que nos impressions premières se sont égarées sur un autre terrain que celui où le débat doit être porté. La femme qui prétend exercer, sur les conquêts, le droit résultant de l'hypothèque légale, ne vient en aucune manière infirmer, contester ou même critiquer les affectations que le mari, comme chef de la communauté, y a très-certainement pu consentir en faveur d'autres créanciers; elle tient ces affectations pour valables, et les admet même comme constituant un droit réel qui devra prévaloir sur le sien propre si elles se placent par leur date à une époque où son hypothèque légale n'aurait pas pris naissance. Comment donc pourrait-on lui opposer que sa prétention est incompatible avec les pouvoirs exercés par le mari pendant la durée de la société conjugale? Sous notre ancien droit, où le mari tenait de la Coutume cette qualification de *maître* et *seigneur* qui marquait avec tant d'énergie ses pouvoirs sur la communauté, cette objection avait été aussi mise en avant. Et qu'en pensait-on? « C'est en vain, nous dit Bourjon, que *quelques-uns* opposent que la coutume constitue le mari maître des conquêts, et que c'est affaiblir cette puissance que de faire influer l'hypothèque légale de la femme sur iceux, cette puissance ne s'entendant que relativement aux droits de la femme sur la communauté, *et non par rapport à ses autres droits de créances* (1). » Là est le mot vrai de la situation. C'est qu'en effet, ce que la femme agissant sur les conquêts en vertu de son hypothèque légale vient dire au tiers créancier avec lequel elle entre en lutte, c'est qu'elle est créancière elle-même; ce qu'elle vient lui opposer, c'est que s'il a, de par la convention, une hypothèque contre le mari à raison de l'obligation souscrite par celui-ci, elle a, elle aussi, et de par la loi, une hypothèque contre le mari également, à raison de sa dot, de ses reprises, de ses conventions matrimoniales; ce qu'elle vient réclamer, c'est, non pas que l'on détruise les actes par lesquels le mari a manifesté sa puissance, mais qu'on mette en regard les dates des deux créances, de la sienne et de celle du tiers créancier, et que la priorité reste, en définitive, sur les conquêts, à celle des deux qui a existé la première dans les conditions requises pour qu'elle pût être opposée aux tiers.

525. Est-ce qu'une telle prétention serait inadmissible? Il faudrait, pour l'écarter, qu'on pût contester à la femme cette qualité de *créan-*

(1) Bourjon (*Dr. comm. de la France, Comm. du dr. des époux*, n° 136) : « Soutenir le contraire, ajoute-t-il, c'est vouloir ajouter à la Coutume et changer sa disposition, ce qui est d'autant plus incontestable *que les conquêts ont été souvent acquis avec les deniers dotaux de la femme*. »



du Code Napoléon, qui ont été écrits précisément et *uniquement* pour régler les rapports des époux entre eux ou leurs représentants dans le cas où, la communauté ayant été acceptée, il y a lieu d'en effectuer le partage.

Mais la femme se trouve-t-elle en présence de créanciers opposants ou hypothécaires, c'est autre chose. La communauté, dans ce cas, a un passif; il s'agit, avant tout, de l'éteindre; il s'agit de désintéresser les créanciers connus; il s'agit, en un mot, de dégager l'actif, après quoi seulement les ayants droit auront à le partager. Or, si la femme a des reprises à exercer, ces reprises constituent une créance à la charge de l'actif aussi bien que les autres créances; elle est donc créancière, quand elle vient les exercer, et agit comme telle vis-à-vis des autres créanciers de la communauté, en attendant qu'elle agisse comme propriétaire vis-à-vis de son mari lorsque, l'actif étant dégagé, il sera question de le partager.

La femme peut-elle procéder ainsi? Peut-elle faire ainsi abstraction de sa qualité de propriétaire et n'exciper que de celle de créancière vis-à-vis des autres créanciers? Elle le peut assurément; le principe de son droit à cet égard est écrit dans l'art. 1483 du Code Napoléon; et c'est sous ce rapport particulièrement que sa position est identique avec celle de l'héritier bénéficiaire. L'un des effets du bénéfice d'inventaire est de donner à l'héritier l'avantage de ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession et de conserver contre elle le droit de réclamer le payement de ses créances. Telle était la règle en droit romain : « Si vero et ipse aliquas contra defunctum habeat actiones : non hæ confundantur, sed similem (cum) aliis creditoribus per omnia habeat fortunam... » (L. 22, au c. *De jure delib.*, § 9.) Telle est aussi la règle que consacre plus explicitement encore l'art. 802 du Code Napoléon; et elle confirme cette autre règle, que l'héritier bénéficiaire n'est tenu du payement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis (même article). On comprend, en effet, que l'héritier qui, par suite de son acceptation, perdrait le droit de se faire payer sur la masse héréditaire comme les autres créanciers, se trouverait, par le fait, tenu au delà de son émolument, puisque son patrimoine serait diminué de tout le dividende que l'héritier aurait eu la faculté de toucher avant son acceptation. Ainsi en est-il de la femme commune en biens; c'est le vœu de l'art. 1483 du Code Napoléon, qui, ayant posé également ce principe qu'elle *ne serait tenue que jusqu'à concurrence de son émolument*, pourvu qu'il y eût bon et fidèle inventaire, a voulu par cela même que ses biens ne se confondissent pas plus avec ceux de la communauté que les biens de l'héritier bénéficiaire ne se confondent avec ceux de la succession; donc, à l'égal de l'héritier bénéficiaire qui conserve le droit de réclamer ses créances contre la succession, la femme conserve le droit de réclamer les siennes contre la communauté, sans quoi il se trouverait qu'en définitive elle serait tenue non-seulement jusqu'à concurrence de son émolument, mais encore dans la mesure de cet émolument augmenté du montant de sa propre

créance, qu'elle perdrait, ne pouvant la réclamer contre la communauté.

Ceci n'est donc pas douteux : la femme acceptante peut faire abstraction, vis-à-vis des créanciers, de sa qualité de propriétaire, et n'agir que comme créancière, quand elle est en leur présence, pour la défense de ses droits.

526. Cela étant, la conclusion se déduit en quelque sorte d'elle-même. Si la femme, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, se pose comme créancière de ses reprises vis-à-vis des autres créanciers du mari, elle se pose nécessairement comme créancière hypothécaire; car elle a, pour sa créance de reprises, une hypothèque qu'elle tient de la loi, qui s'attache de plein droit à la créance, qui n'en peut pas être séparée ici, puisque la femme ne l'a pas cédée, et qui, portant sur la généralité des immeubles du débiteur, embrasse les conquêts dans son affectation.

C'est de toute évidence dans le cas de renonciation à la communauté. En effet, aux termes des dispositions très-expresses et très-formelles de la loi, l'hypothèque légale de la femme affecte, en principe, *tous les biens immeubles du mari* sans distinction ni réserve. Or, par l'effet de la renonciation à la communauté, propres et conquêts sont désormais confondus et ne forment plus qu'un même patrimoine, lequel est la *propriété* du mari. Donc, dans les termes mêmes de la loi, comme dans son esprit, l'hypothèque atteint les immeubles qui ont eu le caractère de conquêts au même titre qu'elle atteint tous les autres immeubles du mari. C'était la solution de notre ancien droit, où elle était admise unanimement (1); et il y a entre les principes nouveaux et les principes anciens des rapports si étroits, on pourrait dire une identité si parfaite, qu'on ne saurait être surpris de voir la même solution prévaloir aujourd'hui en doctrine et en jurisprudence (voy. *suprà*, n° 523), comme elle prévalait autrefois.

Ce n'est pas moins évident, à notre avis, dans le cas d'acceptation de la communauté, et si l'opinion dominante se prononce aujourd'hui autrement (voy. *loc. cit.*), les anciens, nos maîtres en cette matière de la communauté, ne s'y étaient pas trompés. Plusieurs sans doute, en parlant de l'hypothèque des conquêts, avaient omis de s'expliquer sur le cas d'acceptation, et en reconnaissant le droit de la femme, ils la supposaient renonçante à la communauté (2). Mais d'autres, et en plus grand nombre, ont traité la question en thèse générale; et ceux-là ont dit, sans hésiter ni distinguer, que les conquêts, quoique aliénés par le mari, sont grevés entre les mains de l'acquéreur de l'hypothèque de la femme. C'était notamment l'avis de Bourjon, dont nous avons reproduit plus haut la doctrine (voy. *suprà*, n° 525), et Bacquet l'exprimait en ces termes : « Le mari, par son contrat de mariage, ayant

---

(1) *Voy.* Rousseau de Lacombe (v° Hyp., sect. 3, n° 5), Bourjon (*loc. sup. cit.*), Duplessis (*Comm.*, liv. 2, chap. 5), Lebrun (*De la Comm.*, liv. 3, chap. 3, sect. 2, dist. 5), Renusson (*De la Comm.*, 2° part., chap. 3, n°ˢ 42 et suiv.).

(2) *Voy.* notamment Lebrun et Renusson (*loc. cit.*).

obligé tous et chacun ses biens, présents et advenir, au payement et satisfaction du douaire et conventions matrimoniales de la femme, il ne peut aliéner les conquêts, non plus que les propres et acquêts, sans le droit d'hypothèque créé à la femme dès l'instant que lesdits conquêts ont été faits et qu'ils ont été entre les mains de son mari. *Autrement la femme seroit de pire condition que les autres créanciers hypothécaires* (1). » Voilà le mot du problème, le mot qui répond à toutes les objections.

Ainsi on oppose à la femme acceptante, au nom des créanciers hypothécaires avec lesquels elle est en lutte, que, par son acceptation, elle a ratifié l'affectation hypothécaire consentie par son mari sur les conquêts; on lui oppose encore que, part prenante dans la communauté, elle ne peut exercer son hypothèque sur les biens de cette communauté au préjudice des créanciers auxquels ces biens ont été affectés, et vis-à-vis desquels elle est au contraire tenue, comme commune en biens et copropriétaire, de l'obligation de garantie. Elle pourrait répondre d'abord : — d'une part, à ceux qui lui opposent une ratification prétendue, que l'acceptation de la communauté a ses effets déterminés; que la loi limite, dans des termes précis, l'obligation de la femme acceptante; que, notamment, elle dit que la femme n'est tenue des dettes de la communauté, soit à l'égard du mari, soit à l'égard des créanciers, *que jusqu'à concurrence de son émolument* (art. 1483), et que même, personnellement obligée pour une dette de communauté, elle ne peut être poursuivie que pour la moitié, *à moins que l'obligation ne soit solidaire* (art. 1487); et que la loi ne faisant aucune distinction, on ne voit pas comment l'acceptation de la communauté pourrait agir plus énergiquement sur l'affectation hypothécaire que sur les autres actes du mari, et en faire l'œuvre personnelle de la femme elle-même, aussi bien et aussi complétement que si celle-ci eût été partie à l'acte par lequel l'affectation aurait été consentie : — d'une autre part, à ceux qui opposent l'exception de garantie, la femme pourrait répondre qu'ils en exagèrent la portée vis-à-vis d'elle; qu'en supposant cette exception opposable, dans le cas donné, il en résulterait, non pas assurément que la femme dût perdre d'une manière absolue son hypothèque sur les conquêts, mais seulement qu'elle en devrait souffrir la réduction dans la mesure où elle est tenue des dettes communes, en sorte que son hypothèque subsisterait entière même sur les conquêts, comme dans le cas de renonciation, si elle ne retirait aucun émolument de la communauté, et que si elle retirait un émolument, l'hypothèque subsisterait, sinon entière, au moins pour la partie de la dette commune dont la femme, d'après les dispositions des art. 1482 et suivants du Code Napoléon, n'est pas tenue envers les tiers.

Mais la question n'est pas là; et il y a une réponse plus radicale que la femme peut faire : elle est précisément dans ce mot de Bacquet que

(1) *Voy.* Bacquet (*Dr. de just.*, ch. 15, n° 42). — *Voy.* aussi, outre Bourjon déjà cité, Duplessis (*loc. cit.*, liv. 1, sect. 1 et 3), Prévôt de la Jannès (*Princ. de la jur. franç.*, t. II, p. 71).

nous rappelions tout à l'heure. C'est que, créancière elle-même lorsqu'elle est en lutte avec les autres créanciers hypothécaires du mari, elle doit avoir aussi le bénéfice de son hypothèque, pour *n'être pas de pire condition que ceux-ci*. Cette hypothèque, il s'agit, à la vérité, de l'exercer sur des immeubles qui ont été acquis par le mari pendant le mariage; mais qu'importe cela? Est-ce que les immeubles, dès qu'ils passent aux mains du mari, même pendant le mariage, ne deviennent pas le gage commun de tous les créanciers vis-à-vis desquels le mari s'est obligé? Est-ce que celui-ci ne peut pas les affecter spécialement à la sûreté de ses engagements personnels? Est-ce que toutes condamnations prononcées contre lui n'emportent pas, au profit de ceux qui les obtiennent, une hypothèque judiciaire qui s'étend sur ces immeubles aussi bien que sur tous les autres? Tout cela est incontestable : et quand les conquêts de la communauté sont obligés à tous les créanciers du mari; quand ils reçoivent l'empreinte de toutes les hypothèques résultant soit de la convention, soit des jugements, seule, l'hypothèque légale de la femme, celle précisément qui est établie par une faveur toute spéciale de la loi, ne s'y attacherait pas! Et puis, voyez l'inconséquence! Il se peut que tous les immeubles qui sont entre les mains du mari aient été acquis pendant la durée de la société conjugale; ou bien que le mari ait fait passer toute sa fortune personnelle dans les immmeubles qu'il a ainsi achetés après s'être marié; ou même, comme le dit Bourjon, que tous les immeubles aient été acquis avec les deniers dotaux de la femme. L'hypothèque légale sera donc stérile dans tous ces cas! Cela ne se peut pas évidemment, et il faut nécessairement conclure par ce mot de Bacquet qui résume toute la situation : Créancière de la communauté et de son mari, la femme ne doit pas être de pire condition que les autres créanciers hypothécaires.

527. Du reste, dans tout ce qui précède, nous avons supposé la femme en présence de créanciers connus au moment du partage et y venant faire valoir les droits résultant à leur profit des hypothèques par eux obtenues contre le mari. Mais ce n'est pas à dire qu'elle ne puisse pas opposer également son hypothèque, même sur les conquêts dont elle est restée détentrice par l'effet du partage, aux créanciers qui ne se seraient fait connaître qu'après. Pothier dit à cet égard : « Sur la demande qu'un créancier hypothécaire a donnée contre la femme, comme détentrice des conquêts qui lui sont hypothéqués, la femme doit les lui délaisser... Mais le demandeur *doit faire raison à la femme*, non-seulement de ce qu'elle a payé à des tiers dont l'hypothèque était antérieure à celle du demandeur; *il doit pareillement lui faire raison de ce qu'elle s'est payé à elle-même* pour ses créances contre la communauté, *pour lesquelles elle a une hypothèque, du jour de son contrat de mariage, antérieure à celle du demandeur* (1). » C'est là virtuellement reconnaître l'existence de l'hypothèque de la femme sur la communauté immobilière; seulement, c'est s'arrêter à mi-chemin : dès que l'hypothèque est reconnue,

(1) Pothier (*De la Commun.*, nos 756 et 757).

la seule et la meilleure manière qu'il y ait d'en faire raison à la femme, c'est de lui conserver son hypothèque à son rang. Lors donc qu'un créancier inconnu au moment du partage a donné, suivant l'expression de Pothier, une demande contre la femme comme détentrice des conquêts qui lui sont hypothéqués, la femme résistera au créancier demandeur et conservera le conquêt dont elle est détentrice, si son hypothèque légale est à un rang dans lequel elle prime celle de ce créancier; elle ne pourra être contrainte à délaisser que dans le cas inverse.

528. Telles sont les considérations qui nous portent à revenir sur l'opinion vers laquelle nous avions d'abord incliné, et à reconnaître que la femme, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, a son hypothèque légale sur les conquêts aussi bien que sur les immeubles propres du mari.

Ces considérations, on le voit, se résument, en définitive, dans celles que nous avons invoquées pour soutenir, contre la jurisprudence récente de la Cour de cassation, que la femme n'a pas, au contraire, à raison de ses reprises, un droit de préférence sur les valeurs mobilières de la communauté; car elles reviennent à dire que la femme est *créancière* de ses reprises vis-à-vis des autres créanciers de la communauté; qu'à ce titre de créancière elle a droit, sinon à quelque chose de plus que ce que la loi lui accorde, au moins à tout ce qui lui est accordé; et, dès lors, que si elle ne doit venir sur les valeurs mobilières de la communauté qu'à contribution avec les autres créanciers à défaut d'un texte qui lui attribue ces valeurs par préférence, il faut au moins lui laisser son rang hypothécaire sur les immeubles, en vertu du texte très-positif qui attache expressément à sa créance la sûreté de l'hypothèque.

529. Ajoutons, en terminant sur cette grave question, qu'il en est de l'aliénation des conquêts consentie par le mari comme de leur affectation hypothécaire; elle n'empêche pas non plus l'hypothèque légale de la femme de subsister : seulement, il faut réserver le cas où celle-ci aurait concouru à l'aliénation. Le concours qu'elle aurait donné constituerait la renonciation *extinctive* dont nous avons parlé plus haut (*voy.* n°s 484 et suiv.), et, conséquemment, l'immeuble passerait affranchi de l'hypothèque légale aux mains du tiers acquéreur, à moins toutefois que la femme eût cédé *antérieurement* son droit hypothécaire à un tiers qui, alors, aurait droit de l'exercer.

Mais si elle est restée étrangère à l'aliénation consentie par le mari, l'hypothèque légale subsiste à son profit : les raisons de décider sont exactement les mêmes que dans le cas d'affectation hypothécaire; et c'est précisément sur ce cas d'aliénation que se prononcent Bacquet et Bourjon, dont l'opinion a été reproduite ci-dessus. Ainsi, lorsque le mari revend, sans le concours de la femme, des immeubles qu'il avait acquis pendant la durée de la société conjugale, l'hypothèque légale suit ces immeubles dans les mains des tiers acquéreurs, soit que la femme renonce à la communauté, soit qu'elle l'accepte. Son droit, nous le répétons, n'est pas moins certain contre les tiers acquéreurs que contre les créanciers en faveur desquels les conquêts auraient été grevés d'hy-

pothèque par le mari; il varie seulement dans son objet, en ce que c'est le droit de suite qu'elle exerce, et non pas le droit de préférence : et si on lui opposait, dans le cas d'acceptation, qu'elle est propriétaire, et qu'à ce titre elle ne peut pas avoir d'hypothèque, elle répondrait victorieusement que, propriétaire vis-à-vis de son mari, elle est créancière vis-à-vis de tous autres, tiers acquéreurs ou créanciers, et que c'est à ce dernier titre qu'elle invoque son droit hypothécaire dont le bénéfice ne saurait lui être contesté.

530. Ici se termineraient nos observations sur l'étendue de l'hypothèque légale par rapport aux immeubles qu'elle affecte, si la loi elle-même n'avait fait ou autorisé deux exceptions notables au principe de la généralité. Complétons donc nos observations par l'examen de ces exceptions.

V. — 531. La première est toute particulière à l'hypothèque légale de la femme : elle se produit dans le cas de faillite du mari. Déjà, en parlant du principe même de l'hypothèque légale et des créances qu'elle garantit, nous avons indiqué les considérations par lesquelles le législateur, tout en conservant même à la femme du commerçant failli son hypothèque légale, avait été amené, dans ce cas, à restreindre l'hypothèque à un double point de vue : au point de vue des créances dont l'hypothèque assure le recouvrement, restrictions dont nous avons traité sous l'art. 2121, auquel elles se rattachent (*voy.* nos 444 et suiv.), et au point de vue du gage hypothécaire, seconde sorte de restrictions dont nous avons à nous occuper maintenant.

Sous ce rapport encore, la loi du 28 mai 1838, modificative du titre des faillites, a tempéré les rigueurs excessives auxquelles les abus et les désordres de l'époque avaient conduit les rédacteurs du Code de commerce de 1807 (voy. *suprà,* n° 443). Ainsi, d'après ce code, le gage hypothécaire de la femme, en cas de faillite, était réduit aux seuls immeubles *qui appartenaient à son mari à l'époque de la célébration du mariage* (Code de commerce, édit. de 1807, art. 551). On aperçoit tout d'abord ce qu'il y avait d'excessif dans cette restriction du gage hypothécaire de la femme. A tout prendre, qu'elle n'eût pas d'action, dans le cas de faillite du mari, sur les immeubles acquis *à titre onéreux* par celui-ci à partir de la célébration du mariage, cela se comprend à merveille; la loi eût été bien imprévoyante, assurément, en laissant à la femme du commerçant failli la faculté de venir exercer son droit de préférence sur les immeubles que celui-ci aurait achetés à une époque quelconque après la célébration du mariage ou sur les plus-values qu'il aurait pu procurer par des additions faites aux immeubles qu'il possédait avant de se marier : elle eût en cela sacrifié l'intérêt des créanciers du mari; elle eût mis ces créanciers à la discrétion de leur débiteur, toujours maître d'employer leur gage à l'acquisition d'immeubles sur lesquels sa femme serait venue ensuite exercer, à leur préjudice, le droit résultant de son hypothèque légale.

Mais la fortune immobilière du mari peut s'accroître par des causes

indépendantes de sa volonté. Ainsi, il peut se faire qu'une succession s'ouvre à son profit après la célébration du mariage; il se peut qu'une donation ou un testament soient faits en sa faveur : or, si la succession, la donation ou le testament lui procurent des immeubles, pourquoi l'événement de la faillite aurait-il pour effet de soustraire ces immeubles à l'hypothèque légale de la femme? En quoi les créanciers du mari pourraient-ils avoir à se plaindre de ce que la femme obtiendrait dans ce cas le bénéfice du droit commun? Sans doute, il ne serait pas impossible de supposer qu'une succession venant à s'ouvrir au profit d'un commerçant, celui-ci, s'il a des cohéritiers, s'entende avec eux et obtienne que le partage soit fait de manière à lui donner plus d'immeubles que de meubles; il ne serait pas impossible non plus de supposer que la donation faite au mari soit le résultat d'une combinaison frauduleuse et que l'acte qualifié donation ait été arraché à un tiers complaisant qui en réalité n'aurait rien donné (1). Cependant, il faut bien le reconnaître, ces fraudes ne sont guère à redouter en raison même de toutes les combinaisons et de toutes les complicités qu'elles supposent; en outre, elles peuvent être prévenues, en partie du moins, par les créanciers, qui, par exemple, dans le cas de succession, sont libres, d'après l'art. 882 du Code Napoléon, pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, de s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence; enfin, elles laissent toujours ouverte la voie de la preuve à l'aide de laquelle les créanciers feront tomber les actes frauduleux. Il n'y avait donc aucune raison sérieuse pour restreindre dans une aussi étroite limite que l'avait fait le Code de commerce de 1807 le droit hypothécaire de la femme du commerçant failli. Ainsi en ont pensé les rédacteurs de la loi du 28 mai 1838, qui, corrigeant l'ancien art. 551 du Code de commerce, y ont substitué l'art. 563, aux termes duquel, « lorsque le mari sera commerçant au moment de la célébration du mariage, ou lorsque, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, il sera devenu commerçant dans l'année, les immeubles qui lui appartiendraient à l'époque de la célébration du mariage, *ou qui lui seraient advenus depuis, soit par succession, soit par donation entre-vifs ou testamentaire, seront seuls soumis à l'hypothèque de la femme...* »

Telle a donc été la marche des choses en ce qui concerne l'étendue de l'hypothèque légale de la femme du commerçant failli : nulle dérogation au droit commun avant le Code de 1807, et la femme du négociant avait, même dans le cas de faillite, son hypothèque légale dans les termes des art. 2121, 2122, 2135 du Code Napoléon, tout comme la femme du non commerçant; dérogation notable au droit commun par le Code de commerce de 1807, en ce que l'hypothèque de la femme du négociant failli n'a pu être exercée, d'après ce code, que sur les im-

(1) On verra plus loin que ces observations étaient présentées à titre d'objection, dans la discussion de la loi de 1838, contre les modifications faites par cette loi au Code de 1807 (voy. *infrà*, n° 536), et qu'elles ont été écartées par les motifs que nous indiquons ci-dessus.



meubles qui appartenaient au mari à l'époque de la célébration du mariage, et n'atteignait jamais les immeubles acquis depuis le mariage à quelque titre que ce fût; enfin, retour au droit commun dans une certaine mesure par la loi du 28 mai 1838, en ce que l'hypothèque légale doit porter, d'après cette loi, non-seulement sur les immeubles appartenant au mari au moment du mariage, mais encore sur ceux qui lui sont advenus depuis le mariage, par succession, donation ou legs. Tel est le dernier état des choses.

532. Mais ces modifications successives ont fait naître une question transitoire qui est loin d'être éteinte, et sur laquelle il importe de s'expliquer tout d'abord.

La question est de savoir quelle loi doit être prise pour règle à l'effet de déterminer l'étendue de l'hypothèque légale de la femme, de celle qui existait au moment du mariage, ou de celle qui était en vigueur à l'époque de la faillite.

Notons d'abord que l'élément essentiel, c'est la faillite du mari; cet événement faisant défaut, on comprend qu'il n'y a pas lieu de se demander si l'hypothèque légale doit être restreinte dans les termes de l'ancien art. 551 du Code de commerce, ou étendue dans la mesure du nouvel art. 563. L'observation nous aurait paru complétement inutile si nous n'avions rencontré, dans les Recueils, une espèce dans laquelle ces dispositions restrictives de la loi commerciale ont été opposées à la femme exerçant les droits résultant de son hypothèque légale, bien qu'il n'apparût en aucune manière de la faillite du mari. Il s'agissait, dans le cas particulier, d'époux mariés sous l'empire du Code Napoléon, c'est-à-dire avant la promulgation du Code de commerce de 1807, avec une stipulation générale de dot de la part de la femme. Le mari commerçant alors avait acquis, depuis son mariage, divers immeubles qu'il avait ensuite revendus. Plus tard, l'acquéreur, ayant voulu purger, fit ses notifications; la femme prit inscription, et fut colloquée dans l'ordre ouvert sur le prix. Mais la collocation fut contredite par d'autres créanciers hypothécaires qui soulevèrent deux moyens : l'un, dont nous n'avons rien à dire quant à présent, et dont nous nous occuperons dans le commentaire des art. 2194 et 2195; l'autre, tiré précisément de l'ancien art. 551 du Code de commerce (ce qui est à peine croyable, l'état de faillite du mari n'étant même pas allégué), et consistant à dire que cet article ayant limité l'hypothèque légale de la femme aux seuls immeubles que le mari possédait à l'époque de la célébration du mariage, la femme, dans l'espèce, ne pouvait être colloquée sur le prix d'immeubles acquis par le mari depuis son mariage. La Cour de Grenoble, devant laquelle la prétention était élevée, en a fait justice sans doute; mais elle aurait pu la rejeter par des moyens plus sûrs et plus radicaux que ceux auxquels elle s'est arrêtée. Elle a exprimé « que le mariage était antérieur à la publication de l'art. 551 du Code de commerce; que la femme, en se faisant dans cet article une constitution générale de biens présents et à venir, par laquelle elle attribuait au mari le droit de percevoir les biens qui lui surviendraient et d'en dis-

poser, ne lui avait conféré ce pouvoir qu'en considération et sous la foi de la garantie que lui assurait la loi alors existante; que les art. 2121 et 2125 du Code Napoléon lui donnaient une hypothèque générale sur tous les biens de son mari, sans distinction de ceux qu'il possédait au moment du contrat et de ceux qu'il pourrait acquérir durant le cours du mariage; que cette garantie, quoique éventuelle, était pour elle un véritable droit acquis *que l'innovation introduite postérieurement par le Code de commerce, à l'égard des femmes de commerçants, n'avait pu lui faire perdre, d'autant plus que sa position vis-à-vis de son mari, fixée par le contrat de mariage, était irrévocable et ne pouvait plus changer* (1). » Nous le répétons, il y avait mieux à dire que cela : il n'est pas exact, en effet, de prétendre que l'innovation introduite par le Code de commerce ne puisse pas faire perdre aux femmes de commerçants la position qui leur est faite par leur contrat de mariage au point de vue de la garantie résultant de leur hypothèque légale; mais ce qui est vrai, c'est que cette innovation ne peut leur être opposée que dans le cas précis en vue duquel elle a été introduite, c'est-à-dire dans le cas de faillite du mari : or, rien n'indique, dans l'espèce jugée par la Cour de Grenoble, que le mari fût en état de faillite. Donc, tout ce qu'il y avait à dire, c'est qu'au moment du mariage et jusqu'à la faillite du mari, la femme du commerçant est protégée par le droit commun comme toutes les autres femmes; que la faillite seule aurait pu lui enlever le bénéfice de ce droit commun sous lequel elle était placée, et que son mari n'ayant pas cessé d'être *in bonis,* l'hypothèque légale avait frappé indistinctement sur tous les immeubles de ce dernier.

533. Notons encore que non-seulement l'application de la loi est subordonnée au cas de faillite, mais encore que la question transitoire ne peut être élevée qu'autant qu'il s'agit d'une faillite ouverte sous l'empire de la nouvelle loi, le contrat de mariage se plaçant sous l'empire de la loi ancienne. Et il en est ainsi quand même les biens que la loi nouvelle a rendus à l'hypothèque légale de la femme seraient échus au mari depuis la promulgation de cette loi. Voici pourtant une espèce dans laquelle ceci a été contesté. La demoiselle H... s'était mariée, en 1818, avec le sieur G..., qui, dans l'année de son mariage, s'était fait commerçant. Le 20 juillet 1835, le mari cessa ses payements, en sorte que le mariage et l'ouverture de la faillite avaient eu lieu l'un et l'autre sous l'empire du Code de commerce de 1807. Survint la loi du 28 mai 1838; et ce fut après seulement, et encore au cours de la faillite, que G... recueillit dans la succession de son père un immeuble dont la vente eut lieu sur les poursuites de ses créanciers. Dans cette situation, la dame G... ou, plutôt, des créanciers qu'elle avait subrogés dans son hypothèque légale prétendirent qu'ils avaient droit de venir, à raison

(1) Grenoble, 8 mars 1855 (*J. P.*, 1855, t. I, p. 499; Dev., 55, 2, 603). M. Dalloz, qui rapporte également cet arrêt, a pensé sans doute, et avec grande raison, que la question dont il s'agit ici n'en est pas une : aussi a-t-il retranché cette partie de l'arrêt dont il ne rapporte que les motifs relatifs au moyen tiré des art. 2194 et 2195. (*Voy.* D. P., 55, 2, 69.)

534. Ceci précisé, nous arrivons à notre question transitoire : Quelle est, de la loi existante à l'époque du mariage ou de la loi en vigueur quand survient la faillite, celle qui doit être prise pour règle à l'effet de déterminer l'étendue de l'hypothèque légale de la femme du négociant failli? Et spécialement : Une femme mariée sous l'empire du Code de commerce de 1807 a-t-elle hypothèque sur les immeubles advenus au mari par succession, donation ou legs, lorsque celui-ci est tombé en faillite depuis la promulgation de la loi modificative du 28 mai 1838?

La question ne peut pas être résolue en thèse absolue; la solution varie, en effet, suivant que les créanciers avec lesquels la femme est en lutte sont chirographaires ou hypothécaires, et suivant que les titres de ces créanciers sont, par leur date, antérieurs ou postérieurs à la loi du 28 mai 1838.

Ainsi, la femme est-elle en présence de créanciers hypothécaires dont l'hypothèque était inscrite dès avant la promulgation de la loi du 28 mai 1838, il y a, au profit de ces créanciers, un droit acquis devant lequel devra s'incliner celui que la femme du négociant failli tient de cette loi (1). Par exemple, Marie s'est mariée, en 1810, avec François, négociant, qui, alors, ne possédait pas d'immeubles; elle avait apporté en dot une somme de 20,000 fr. En 1835, une succession s'ouvre au profit de François, qui y recueille une maison sise à Paris; en 1836, cette maison est affectée hypothécairement au profit de Pierre, qui s'empresse de faire inscrire son hypothèque. Puis, en 1839, François tombe en faillite. Dans cette situation, la femme de François pourra-t-elle opposer son hypothèque légale à Pierre? Pourra-t-elle dire que si elle a été momentanément privée, par l'effet de la faillite de son mari, des avantages du droit commun, elle a été relevée, dans une certaine mesure, par la loi du 28 mai 1838; qu'à partir de cette loi, l'hypothèque légale qu'elle avait à raison de sa dot de 20,000 fr., s'est attachée à la maison échue à son mari par succession; et que cette hypothèque légale remontant à la date du contrat de mariage, c'est-à-dire en 1810, doit nécessairement primer celle de Pierre, qui a été inscrite en 1836 seulement? Non, assurément : Pierre serait fondé à répondre qu'ayant stipulé une hypothèque sous l'empire du Code de commerce de 1807, et l'ayant conservée par une inscription prise dans les termes de la loi, il avait un droit acquis de préférence qu'on ne pourrait, sans rétroactivité, faire fléchir devant la disposition d'une loi nouvelle. Et vainement on lui opposerait que tant qu'il n'y avait pas faillite il s'agissait pour lui, non d'un *droit acquis,* mais d'une simple *expectative* de primer la femme de François, qui, jusqu'à la faillite, restait sous l'empire du droit commun, et, par suite, que si l'événement ultérieur de la faillite devait mo-

(1) C'est l'avis de tous les auteurs, et la jurisprudence est conforme. *Voy.* notamment Req., 17 juill. 1844 (Dev., 44, 1, 600). — *Voy.* aussi MM. Renouard (*Des Faill.*, t. II, p. 279), Lainné (*Des Faill.*, p. 454), Bédarride (*eod.*, t. II, n° 990), Duvergier (*Coll. des lois,* t. XXXVIII, p. 409), G. Massé (*le Dr. comm. dans ses rapp. avec le dr. civ.*, t. III, n° 402), Valette (p. 264 et 265, à la note), Duranton (t. XIX, n° 299 *bis*).



difier les droits de celle-ci, c'est seulement dans les limites de la loi sous l'empire de laquelle cet événement s'était produit. La réponse est qu'il y avait plus qu'une expectative, pour Pierre, dans la loi sous l'empire de laquelle il avait obtenu et conservé son hypothèque; que cette loi, en l'assurant qu'en cas de faillite il primerait la femme sur tous les immeubles du failli *autres que ceux qu'il possédait à l'époque de son mariage*, lui avait donné un droit certain; que ce droit, tout conditionnel qu'il fût en ce qu'il était subordonné au cas de faillite, n'en était pas moins positif, en sorte que la condition s'étant accomplie, son droit était fixé dans les termes de la convention (Code Napoléon, art. 1179), et ne devait subir aucune atteinte d'une loi nouvelle survenue depuis le jour où cette convention s'était formée. Ce premier point, d'ailleurs, ne présente plus aujourd'hui aucune difficulté.

Au contraire, la femme est-elle en présence de créanciers hypothécaires dont le droit n'a pris naissance qu'après la promulgation de la loi du 28 mai 1838, la situation ne présente pas de difficulté davantage, et c'est la solution inverse qui doit prévaloir en ce cas. La loi nouvelle est un titre en vertu duquel l'hypothèque légale, momentanément entravée par le Code de 1807, vient atteindre une classe de biens que ce code lui avait soustraits; et les créanciers, qui ont acquis depuis des droits hypothécaires résultant, soit de conventions faites avec le mari, soit de jugements prononcés contre celui-ci, n'ont pas à s'en plaindre, car ils étaient avertis par la loi elle-même de la situation faite à leur débiteur et de la mesure dans laquelle la femme pourrait exercer son hypothèque légale (1).

Mais le cas qui paraît avoir soulevé plus de doutes, bien qu'à vrai dire on n'y doive pas voir beaucoup plus de difficultés, c'est celui où la femme se trouve en présence de créanciers chirographaires antérieurs à la loi de 1838, ou, ce qui revient au même, de créanciers hypothécaires qui, bien qu'antérieurs, n'ont donné la publicité à leur hypothèque que depuis la promulgation de cette loi. Quelques auteurs, assimilant ce cas à celui que nous avons signalé en premier lieu, c'est-à-dire à celui où la femme est en présence de créanciers hypothécaires dont l'hypothèque était inscrite avant la promulgation de la loi nouvelle, enseignent que, vis-à-vis d'eux également, la femme ne profite pas de l'extension d'hypothèque à elle accordée par la loi nouvelle, et, par conséquent, que les immeubles échus au mari même par succession, donation ou legs, demeurent soustraits à l'hypothèque légale (2); d'autres, sans aller aussi loin, disent qu'il en doit être ainsi au moins en faveur des créanciers chirographaires dont les droits avaient une *date certaine* avant la promulgation de la loi de 1838 (3). Nous rejetons l'une et l'autre solution : les droits de ces créanciers, même de ceux dont le titre avait acquis date certaine, ne sauraient entrer en balance avec des droits hypo-

(1) *Voy.* MM. Renouard, G. Massé et Valette (*loc. cit.*).
(2) *Voy.* MM. Lainné, Bédarride, Duvergier (*loc. cit.*).
(3) *Voy.* M. Duranton (t. XIX, n° 299 *bis*).

thécaires antérieurs. Or les droits de la femme sont *antérieurs* à ceux des créanciers qui ont traité avec son mari, car ils remontent, en général, à la date du contrat de mariage; et ils sont *hypothécaires*, car, par l'effet de la loi du 28 mai 1838, les immeubles dont il s'agit ici ont été replacés immédiatement et de plein droit sous l'hypothèque légale dont ils avaient été affranchis par l'effet d'une dérogation au droit commun auquel la loi nouvelle a fait retour en ce point. Il est donc impossible de ne pas donner la préférence aux droits de la femme du négociant failli. Et vainement les créanciers opposeraient-ils qu'ils avaient un *droit acquis* antérieurement à la loi nouvelle, qu'on ne saurait dès lors leur opposer cette loi sans méconnaître le principe de la non-rétroactivité. L'objection serait sans force ni valeur : des créanciers simplement *chirographaires*, ou même des créanciers hypothécaires dont l'hypothèque n'est pas inscrite, n'ont évidemment aucun *droit acquis* à n'être pas primés par un droit de préférence résultant d'une loi postérieure à leur créance, ou même d'une convention. La Cour de cassation a établi cela d'une manière irréfragable, lorsqu'en rejetant la prétention des créanciers chirographaires, elle a dit « que la loi du 28 mai 1838 a modifié la disposition trop restreinte de l'art. 551 du Code de commerce (de 1807), et a remplacé cette disposition par l'art. 563, qui accorde une hypothèque légale aux femmes, non-seulement sur les immeubles que leurs maris possédaient à l'époque du mariage, mais encore sur ceux qui leur seraient advenus depuis, soit par succession, soit par donation entre-vifs ou testamentaire; qu'à dater de la loi du 28 mai 1838, l'art. 563 est devenu le droit commun, et a régi l'hypothèque légale des femmes dans toutes les faillites ouvertes postérieurement; qu'en appliquant cet article, lors même qu'il existe des créanciers chirographaires antérieurs à sa publication, on ne lui donne pas d'effet rétroactif, parce que ces créanciers n'avaient point, à l'égard de la femme du failli et pour repousser l'hypothèque par elle réclamée, de droits définitivement acquis et irrévocablement conférés; *que leurs titres, en effet, ne leur attribuaient aucune cause de préférence, aucun droit singulier ou spécial sur les immeubles de leur débiteur, qui pouvait valablement les aliéner ou les grever d'hypothèque; que, soumis ainsi aux éventualités des conventions faites par le failli, tant qu'il avait eu le libre exercice de ses droits, ils doivent l'être, à plus forte raison, aux modifications législatives dont l'expérience a fait connaître la nécessité et que l'intérêt public a réclamées* (1). »

Ainsi, dans cette dernière hypothèse, comme dans la précédente, c'est la loi du 28 mai 1838 qui doit prévaloir; et, en définitive, dans le cas où les deux législations sont en conflit en ce que le mariage aurait été contracté sous la première et la faillite déclarée sous la seconde, la première ne conserve son empire que dans l'unique hypothèse où la

(1) Rej., 3 janv. 1844 (Dev., 44, 1, 106). — *Voy.* aussi, dans ce sens, MM. Renouard (*loc. cit.*), Massé (*loc. cit.*), Valette (*loc. cit.*).

femme se trouve en présence de créanciers hypothécaires du mari inscrits avant la promulgation de la seconde loi, et au profit seulement de ces créanciers.

535. Il reste maintenant à déterminer l'étendue de l'hypothèque légale telle qu'elle a été fixée par la loi du 28 mai 1838, dans tous les cas où cette loi est applicable.

A cet égard, il y a, s'il se peut, moins de difficultés encore. La loi spéciale déroge au droit commun en matière d'hypothèque légale, en ce sens que, dans le cas de faillite, elle enlève à l'hypothèque tous les immeubles qui pourraient être considérés comme achetés par le mari avec les deniers de ses créanciers dans l'intention d'en absorber la valeur par l'effet de cette hypothèque : c'est pourquoi le gage hypothécaire de la femme du négociant failli est réduit aujourd'hui aux immeubles que le mari possédait à l'époque de son mariage et à ceux qui lui seraient advenus depuis, soit par succession, soit par donation entre-vifs ou testamentaire.

Ainsi, la loi ne fait aucune distinction en ce qui concerne les biens appartenant au mari à l'époque de son mariage ; comme leur origine ne peut pas être suspecte, ils sont grevés de l'hypothèque légale de la femme, quel que soit le titre de possession du mari. A cet égard, la loi pourra toujours être appliquée sans équivoque ni embarras.

Quant aux immeubles que le mari acquiert depuis son mariage, la loi fait une distinction entre ceux que le mari a acquis à titre onéreux et ceux qui lui sont advenus à titre gratuit ; et comme la possession des premiers peut être suspecte, la loi les déclare affranchis de l'hypothèque légale : les seconds seuls y demeurent soumis. Insistons là-dessus, car c'est en ceci seulement que la pensée du législateur pourrait être méconnue.

Ainsi, d'une part, la loi dit virtuellement que les biens acquis à titre onéreux depuis le mariage seront affranchis, en cas de faillite, de l'hypothèque légale de la femme ; et, pour être dans la pensée de la loi, il faudra déclarer affranchi de l'hypothèque légale l'immeuble acquis par voie d'échange, sinon dans le cas d'un échange fait but à but, auquel cas l'immeuble reçu en contre-échange serait la représentation de l'immeuble échangé et devrait être soumis à l'hypothèque si celui-ci y était lui-même soumis, au moins dans le cas d'échange fait avec une soulte que le négociant failli aurait dû payer (1), pourvu d'ailleurs que la soulte fût assez considérable pour qu'on y pût voir, en quelque sorte, un prix de vente jusqu'à concurrence. — Il en faudra dire autant de la plus-value résultant d'améliorations ou d'additions faites aux immeubles que le mari possédait en se mariant ou qui lui seraient advenus soit par succession, soit par donation entre-vifs ou testamentaire, ou de constructions qu'il y aurait ajoutées (2). La Cour de Rouen a cependant dé-

(1) *Voy.* cependant M. Valette (p. 263, note 2).

(2) *Voy.* MM. Renouard (t. II, p. 302), G. Massé (t. III, n° 395), Valette (*loc. cit.*), Bédarride (t. II, n° 1054), Esnault (n° 599). — Ce dernier auteur réserve cependant le cas où les constructions faites par le mari ne changeraient pas la nature de l'im-

cidé récemment que les constructions faites par un commerçant, tombé plus tard en faillite, sur un terrain nu qu'il possédait au moment du mariage, sont, comme ce terrain lui-même, soumises à l'hypothèque légale de la femme (1). L'arrêt le décide ainsi par application de l'art. 2133, suivant lequel, dit-elle, « l'hypothèque conférée, soit par la loi, soit par la convention sur un immeuble, s'étend aux améliorations que cet immeuble peut recevoir, soit naturellement, soit par incorporation ; » puis il déclare que « ce mot amélioration ne s'entend pas seulement ici dans un sens restrictif, mais qu'il comprend aussi, d'après l'adage *ædificium solo cedit* consacré par les art. 551-552 du même code, les édifications et les constructions, qui ne sont à vrai dire que de grosses améliorations, et que ces articles doivent servir à déterminer ce à quoi doit s'étendre l'hypothèque légale maintenue par l'art. 563 du Code de commerce, au profit de la femme d'un commerçant, sur les immeubles possédés par son mari au jour de la célébration du mariage. » Il est évident que la Cour de Rouen fait ici l'application la plus inexacte de principes vrais en eux-mêmes. Que les constructions faites sur un terrain nu soient des améliorations dans le sens de l'art. 2133, cela est très-certain, et nous l'avons démontré contre l'opinion de quelques auteurs qui se sont prononcés en sens contraire (voy. *suprà*, n° 410); mais que cette amélioration, lorsqu'elle a été faite par le commerçant failli, doive profiter à l'hypothèque légale de la femme, c'est autre chose. Ici nous avons la règle spéciale de l'art. 563 du Code de commerce, qui déroge au droit commun de l'art. 2133 du Code Napoléon. Or cet article, qui affranchit de l'hypothèque légale du négociant failli les immeubles acquis à titre onéreux depuis le mariage, ne serait vraiment qu'une lettre morte, et la disposition n'en serait que trop facilement éludée, si l'hypothèque légale pouvait atteindre la plus-value résultant des constructions que le négociant aurait faites sur ses immeubles. C'est là ce que la Cour de Rouen n'a pas aperçu.

D'une autre part, la loi, par une disposition expresse, donne pour gage hypothécaire à la femme du négociant failli les immeubles acquis ou recueillis à titre gratuit par le mari depuis le mariage; et, pour être dans la pensée de la loi, il faudra dire que tous créanciers du failli, même les créanciers hypothécaires dont les titres ne seraient pas antérieurs à celui de la femme, devront souffrir que celle-ci exerce le droit de préférence résultant de son hypothèque légale, sur tous immeubles ou sur le prix de tous immeubles qui auraient été transmis au mari par un acte de libéralité quelconque, quelle qu'en soit la dénomination, ou qui lui auraient été acquis à titre successif.

536. Sur ce dernier point, toutefois, il s'est élevé récemment une question qui a été diversement résolue par les tribunaux : c'est celle de savoir si la fiction de l'art. 883 du Code Napoléon doit être suivie dans ce

---

meuble, et ne seraient que de simples agencements à des constructions qui existeraient déjà, auquel cas l'hypothèque légale s'étendrait à la plus-value.

(1) Rouen, 29 déc. 1855 (*J. P.*, 1857, t. I, p. 585). Cet arrêt a été l'objet de très-justes critiques de la part de M. Rodière, qui l'a annoté dans la collection citée.

cas; en d'autres termes, si, lorsqu'un commerçant ayant concouru à un partage de succession y a reçu pour sa part un immeuble, tandis que les autres copartageants ont pris leur portion héréditaire en argent, il doit être considéré comme propriétaire *ab initio* de l'immeuble, de telle sorte que, survenant le cas de faillite, l'immeuble ainsi recueilli soit grevé de l'hypothèque légale de la femme. La Cour de Paris s'est prononcée pour la négative, en se fondant uniquement sur ce que « la fiction de l'art. 883 du Code Napoléon serait repoussée, en matière de faillite, par les dispositions précises de l'art. 563 du Code de commerce, qui ne soumettent à l'hypothèque légale de la femme que les immeubles existant en réalité matériellement dans les mains du mari, *afin de l'empêcher d'acquérir par une voie quelconque,* en prévision de la faillite, avec les fonds de son commerce et au préjudice de ses créanciers, des immeubles sur lesquels sa femme pourrait faire valoir son hypothèque légale (1). » La Cour de Limoges, qui a consacré la thèse absolument contraire (2), s'est mieux inspirée, à notre avis, des vrais principes. Sans doute, les restrictions dont l'hypothèque légale de la femme a été l'objet ont été établies, comme le dit la Cour de Paris, en vue de prévenir les fraudes susceptibles de porter atteinte à la sécurité du commerce et d'enrichir les femmes des faillis au préjudice des créanciers : tel a été le but du Code de commerce de 1807, comme celui de la loi modificative du 28 mai 1838. Mais le Code de 1807, en réduisant l'hypothèque aux seuls immeubles appartenant au mari à l'époque du mariage, avait dépassé le but, puisque certains biens, et notamment ceux provenant de successions, ne peuvent être considérés comme achetés avec les deniers des créanciers, dans l'intention d'en absorber la valeur par l'effet de l'hypothèque légale. Or la Cour de Paris juge ici comme si nous étions encore sous l'empire du Code de 1807, et tombe par conséquent dans la même exagération. Elle affirme que l'hypothèque légale de la femme du négociant failli a été restreinte *aux seuls immeubles existant en réalité matériellement dans les mains du mari, afin de l'empêcher d'acquérir* PAR UNE VOIE QUELCONQUE, *en prévision de la faillite;* et en cela elle oublie que, s'il en était ainsi sous le Code de 1807, la loi de 1838, bien loin de proscrire tous les modes d'acquisition, a suivi des inspirations plus justes et plus vraies en replaçant sous l'hypothèque légale de la femme du négociant failli les immeubles advenus au mari pendant le mariage, notamment *par voie de succession.* Or ceci est décisif contre la doctrine de la Cour de Paris; car si, en matière de faillite, la loi a voulu que les immeubles appartenant au mari à l'époque du mariage et les immeubles acquis depuis à titre gratuit, et notamment par succes-

(1) Paris, 8 avr. 1853 (*J. P.*, 1856, t. I, p. 181; Dev., 53, 2, 565; Dall., 54, 2, 112). — *Junge :* Bourges, 2 fév. 1837 (Dev., 37, 2, 465). — *Voy.* aussi M. Esnault (*Des Faillites*, t. III, n° 600).

(2) *Voy.* Limoges, 14 mai 1853 (Dev., 53, 2, 567; Dall., 54, 2, 113; *J. P.*, 1856, t. I, p. 282). — *Junge :* Trib. de Rouen, 30 juin 1841 (D. P., 42, 3, 35). — *Voy.* aussi MM. Dalloz (nouv. édit., v° Faillite, n° 1108).

sion, fussent seuls grevés de l'hypothèque légale de la femme, par dérogation au droit commun d'après lequel cette hypothèque s'étend à tous les immeubles indistinctement, il est constant, du moins, que, par aucune de ses dispositions, elle n'a ajouté à cette première dérogation au droit commun une autre dérogation de laquelle résulterait que les successions échues à un négociant doivent être réglées à son égard autrement que par les principes ordinaires du droit civil, par cela seul qu'il est venu à tomber en faillite.

La Cour de Paris dit bien le contraire, et notamment elle affirme que la fiction de l'art. 883 du Code Napoléon est repoussée, en matière de faillite, *par les dispositions précises* de l'art. 563 du Code de commerce. Mais c'est une affirmation sans preuve; et nous avons, nous, la preuve contraire, non-seulement dans la généralité du texte de l'art. 563, mais encore dans les discussions dont l'art. 563 a été précédé. Il est remarquable, en effet, que, dans son projet primitif, la loi modificative du titre des Faillites au Code de commerce était conforme à ce code sur le point qui nous occupe. Ce fut M. Goupil de Préfeln qui demanda, par amendement, que l'hypothèque légale de la femme du failli portât également sur les biens advenus au mari depuis le mariage, soit par *succession, soit par donation, soit par testament* (séance de la Chambre des députés du 23 février 1835). Cet amendement, qui plus tard est devenu la loi, ne fut pas discuté alors; M. Moreau (de la Meurthe) en avait présenté un autre plus restreint sur lequel porta la discussion. Il consistait à étendre l'hypothèque aux immeubles advenus au mari *par succession* seulement. Là-dessus, M. Renouard, comme rapporteur, répondit que la commission n'avait pas cru pouvoir admettre l'amendement. Et pourquoi? Le motif est précieux au point de vue de notre question. « Ne doit-on pas, disait M. Renouard, prévoir le cas où le mari *se fera attribuer sa part héréditaire en immeubles, au lieu de la recevoir en argent? De cette manière, la femme trouverait, par son hypothèque sur les immeubles, un avantage qui n'existerait pas pour elle si le mari avait pris sa part en argent.* Je sais bien que, cependant, il y a un motif de justice au fond de l'amendement que l'on vous a présenté; mais, dans le doute, la commission a pensé qu'il valait mieux ne pas innover et s'en tenir aux dispositions existantes (1). » C'était bien là mettre en avant cette fiction de l'art. 883 du Code Napoléon qui a éveillé les scrupules de la Cour de Paris. Cependant M. Moreau ayant répliqué, en invoquant l'art. 882 du même code, qui autorise les créanciers d'un copartageant à intervenir au partage pour éviter qu'il soit fait en fraude de leurs droits, l'amendement fut adopté. Ainsi l'on admit, même pour le cas particulier objet de la discussion, la fiction de l'art. 883 du Code Napoléon, sauf la faculté, pour les créanciers, ce qui est encore du droit commun, de prévenir la

(1) *Voy.*, pour cette discussion, le résumé qu'en a donné M. Renouard lui-même dans son *Traité des Faillites* (t. II, p. 300).

fraude en intervenant au partage; et, quoi qu'en ait dit la Cour de Paris, il n'y a pas dans le nouvel art. 563 du Code de commerce un seul mot qui contredise cette solution.

Nous dirons donc, avec la Cour de Limoges, que lorsque cet article a étendu l'hypothèque légale d'un commerçant aux immeubles qui adviendraient à ce dernier pendant le mariage, *soit par succession,* soit par donation entre-vifs ou testamentaire, il n'a apporté aucune dérogation aux principes généraux du droit civil et, par suite, à la fiction légale de l'art. 883 du Code Napoléon; que son silence à cet égard prouve que le législateur s'en est remis aux principes généraux en cette matière, et qu'en conséquence il n'a entendu déroger en rien aux *mode* et *effets* du partage réglés par les lois civiles; que le mot *succession* employé par l'art. 563 pour caractériser la provenance des biens échus pendant le mariage est lui-même inséparable de l'idée d'un partage, avec tous les effets légaux qui y sont attachés par le droit commun; et, partant, que le cas échéant où un négociant aurait pris sa part héréditaire en immeubles, dans le partage d'une succession ouverte en sa faveur depuis son mariage, ces immeubles, grevés de l'hypothèque légale de la femme à l'instant même où ils ont été recueillis, en demeurent affectés quand même le mari héritier viendrait ultérieurement à tomber en faillite.

537. En terminant sur cette première exception au principe de la généralité de l'hypothèque légale de la femme, nous ferons remarquer que la règle d'après laquelle certains immeubles du failli sont affranchis de cette hypothèque doit recevoir son application même dans le cas où, les immeubles ayant été vendus avant la faillite, il n'y aurait plus, après l'événement de la faillite, qu'à procéder à la distribution du prix. Dans ce cas particulier, le prix est véritablement la représentation de la chose; et comme la chose n'aurait pas été affectée de l'hypothèque légale de la femme si elle eût été aux mains du mari quand la faillite a éclaté, il est juste de dire que le prix n'en doit pas être affecté davantage (1).

Nous supposons toutefois que le prix est mis en distribution après l'ouverture de la faillite; car si le prix avait été distribué avant, et si la femme, déjà colloquée dans un ordre ouvert quand le mari était encore *in bonis,* n'avait plus, après la faillite de son mari, qu'à recevoir le montant de sa collocation, il y aurait en sa faveur un droit acquis auquel l'événement de la faillite ne devrait porter aucune atteinte. C'est par la faillite seulement que les droits résultant pour la femme de son hypothèque légale perdent leur caractère de généralité; tant que la position du mari négociant est entière, les droits de la femme sont entiers également, et rien ne peut être soustrait à son hypothèque de ce qui doit y être soumis d'après le droit commun.

VI.—538. Le principe de la généralité de l'hypothèque légale souffre une deuxième exception, que nous avons indiquée plus haut, et dont nous avons fait connaître le caractère, la portée et l'objet (voy. *suprà,*

(1) *Voy.* MM. Lainné (*Des Faillites*, p. 457), G. Massé (t. III, n° 395).

n° 507). Cette exception a lieu lorsque l'hypothèque excède notoirement les sûretés suffisantes pour la gestion du débiteur dont les biens sont grevés de l'hypothèque légale. La loi, corrigeant dans ce cas ou tempérant les conséquences souvent fâcheuses de la généralité, qui est l'un des caractères de l'hypothèque légale, et ramenant cette hypothèque à la spécialité, c'est-à-dire à l'une des bases du régime hypothécaire, permet de convenir que l'hypothèque sera restreinte aux immeubles suffisants pour opérer une pleine garantie en faveur du créancier.

539. Mais ce droit de réduction n'est entré dans notre législation que par le Code Napoléon. Dans la législation ancienne, bien que les hypothèques résultant des contrats s'étendissent à tous les biens du débiteur, on ne voit pas que celui-ci ait été autorisé à en provoquer la réduction. De là une question transitoire, qui se produit à la vérité à l'occasion des hypothèques conventionnelles et judiciaires, aussi bien qu'à l'occasion de l'hypothèque légale, mais dont nous devons ici néanmoins dire notre avis, avant d'aborder le commentaire des art. 2140 et suivants, par lesquels est réglé tout ce qui concerne notre seconde exception.

540. La question est de savoir si la réduction autorisée par ces articles peut s'appliquer aux hypothèques antérieures à la promulgation du Code Napoléon. La jurisprudence et les auteurs se sont divisés sur ce point. Quelques arrêts ont dit d'une manière absolue « que ce n'est pas donner effet rétroactif au Code Napoléon que d'opérer d'après lui la réduction d'une inscription hypothécaire excessive; qu'il y aurait effet rétroactif si la loi portait atteinte à un droit acquis, mais qu'en conservant intacts les droits du créancier, quant à la quotité de la somme à lui due, et en réduisant seulement le gage, si ce gage reste toujours suffisant pour acquitter cette somme entière, il n'en peut résulter pour lui aucune perte, et ses droits sont parfaitement garantis (1). » D'autres, et en plus grand nombre, ont dit, au contraire, en thèse absolue également, « que le Code Napoléon ne peut gouverner rétroactivement les hypothèques acquises par des contrats antérieurs à sa promulgation (2). » En principe, nous sommes de ce dernier avis. Il est certain, selon nous, que la loi nouvelle recevrait un effet rétroactif, dans le sens vrai du mot, si des créanciers qui ont accepté une hypothèque sous la foi d'une législation qui affectait à la sûreté de leur créance la généralité des biens de leur débiteur voyaient ensuite leur gage diminué en vertu d'une innovation législative qui, au principe de la généralité de l'hypothèque, a substitué celui de la spécialité. Mais cela est vrai seulement dans le cas où la réduction de l'hypothèque serait exigée de créanciers qui y résisteraient soit par eux-mêmes, soit par les personnes qui ont mission de veiller à leurs droits s'ils ne sont pas en position d'y pourvoir eux-mêmes. Si, au contraire, la réduction était librement consentie, il en serait autrement:

(1) *Voy.* Aix, 11 fruct. an 12; Nîmes, 19 mai 1807; Nancy, 26 août 1825. — *Voy.* aussi M. Dalloz (*Rép.*, v° Hyp. et priv., p. 437, n° 23).

(2) *Voy.* Agen, 4 therm. an 13; Paris, 18 juill. 1807; Caen, 16 fév. 1808; Besançon, 22 juill. 1809. — *Voy.* aussi MM. Grenier (t. I, n°s 189, 223, 270), Chabot (*Quest. transit.*, v° Hyp., § 1er), Troplong (n°s 642 et 708), Persil (art. 2161, n°s 3 et 4).

la loi nouvelle pourrait être appliquée, et le principe de la non-rétroactivité n'y saurait faire obstacle, dès l'instant qu'il a convenu au créancier que ce principe aurait protégé de ne pas l'invoquer.

Voilà pourquoi nous sommes de l'avis de M. Grenier, qui, tout en défendant, en thèse générale, le principe de la non-rétroactivité, et en décidant que la réduction ne pourrait s'appliquer aux hypothèques judiciaires ou conventionnelles antérieures à la promulgation du Code Napoléon, admet pourtant que la réduction s'appliquerait, au contraire, à l'hypothèque légale de la femme. Et vainement on a dit que cela est contradictoire; que si l'on ne peut, sans blesser le principe de non-rétroactivité des lois, soumettre à la réduction les hypothèques anciennes qui dérivent d'une convention ou d'un jugement, on ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même de l'hypothèque légale d'une femme mariée antérieurement au Code Napoléon, puisque l'hypothèque générale que lui conférait la loi ancienne sur les biens de son mari établit, en sa faveur, un droit acquis tout aussi sacré que celui que peut invoquer le créancier conventionnel ou judiciaire (1). La raison de la différence, c'est que dans tous les cas, même dans celui de l'art. 2144 où la réduction de l'hypothèque est sanctionnée par la justice, le *consentement de la femme est une condition nécessaire* sans laquelle la réduction de l'hypothèque ne pourrait pas être opérée (voy. *infrà*, n° 559). Toute réduction, quant à cette hypothèque, sera donc *amiable;* et, dès lors, il n'y aura jamais à parler du principe de la non-rétroactivité, qui est sans doute une protection pour les créanciers antérieurs à la promulgation du Code Napoléon, mais qui ne les protége que contre les réductions *forcées*.

541. Venons maintenant à l'exception autorisée par les art. 2140 et suivants, et, avant de nous expliquer sur les deux cas successivement prévus par ces articles, indiquons, par forme d'observation générale, quelques points sur lesquels cette deuxième exception se distingue de la précédente.

Elle s'en distingue d'abord par l'objet auquel elle s'applique, en ce qu'au lieu d'être restreinte à l'hypothèque légale de la femme, elle est autorisée non-seulement à l'égard de cette hypothèque, mais encore à l'égard de celle des mineurs et des interdits. Des trois hypothèques légales établies par l'art. 2121, il n'y a donc à retrancher ici que celle de l'Etat, des communes et des établissements publics. Nous verrons, en commentant l'art. 2161, si cette dernière hypothèque est susceptible de réduction; mais il faut dès à présent tenir pour certain qu'elle n'est pas réductible, en vertu des art. 2140 et suivants, lesquels, en autorisant la réduction dont nous nous occupons maintenant, statuent en vue de l'hypothèque légale de la femme et de celle des mineurs, et ne font mention jamais que de l'une ou de l'autre de ces deux hypothèques.

Elle s'en distingue ensuite quant au gage hypothécaire, en ce qu'en

(1) *Voy.* M. Dalloz (*loc. cit.*).

réduisant l'hypothèque légale à tels ou tels immeubles déterminés, elle ne tient aucun compte du titre en vertu duquel le débiteur est propriétaire, et donne à l'affectation hypothécaire la même efficacité, soit que les immeubles auxquels l'hypothèque est réduite aient été acquis à titre onéreux, soit qu'ils aient été acquis à titre gratuit.

Enfin, elle s'en distingue par le principe, en ce qu'au lieu d'être établie par la loi elle-même, elle procède de la convention; la loi se borne à permettre que les parties conviennent entre elles de la réduction ou que le débiteur la fasse sanctionner par la justice, sauf, dans les deux cas, l'observation de formalités qu'elle a pris soin de déterminer.

Ceci dit, nous venons au commentaire des art. 2140 et suivants, lesquels, en précisant ce qu'est l'exception en elle-même et en quoi elle consiste, vont nous dire aussi les détails spéciaux qu'elle comporte et les conditions auxquelles elle peut être convenue dans chacun des deux cas successivement prévus.

VII. — 542. Le premier cas est celui où la réduction est convenue ou autorisée au moment même où l'hypothèque légale va prendre naissance. Ce cas est réglé par les art. 2140, 2141 et 2142. Il résulte de ces articles pris dans leur ensemble, que la réduction autorisée par la loi ne peut aller jamais jusqu'à l'affranchissement absolu de tous les immeubles du débiteur; qu'il est permis seulement aux parties majeures de convenir dans leur contrat de mariage, et aux parents d'émettre l'avis, quand ils sont réunis pour la nomination d'un tuteur, qu'il ne sera pris inscription que sur un ou certains immeubles, soit du mari, soit du tuteur; qu'en un tel cas, le mari, le tuteur et le subrogé-tuteur ne sont tenus de requérir inscription que sur les immeubles indiqués, les immeubles non indiqués restant libres et affranchis de l'hypothèque légale, soit de la femme pour sa dot, ses reprises et conventions matrimoniales, soit du mineur ou de l'interdit pour leurs créances contre leurs tuteurs. Nous trouvons dans cet ensemble l'indication de ce qui est permis et de ce qui est défendu, des circonstances dans lesquelles la convention doit être formée, des conditions auxquelles elle peut exister, et des effets qu'elle produit.

543. Ce qui est défendu, c'est l'abandon absolu de la sûreté établie par la loi. La prohibition est formellement exprimée dans l'art. 2140. « Il ne pourra pas être convenu, y est-il dit, qu'il ne sera pris aucune inscription. » L'art. 2140 est relatif, il est vrai, à l'hypothèque légale de la femme; mais la règle est applicable évidemment à l'hypothèque du mineur ou de l'interdit; cela ressort de la formule même de l'article 2141, qui, pour ne pas reproduire la disposition de l'article précédent, s'y réfère en ces termes : « *Il en sera de même* pour les immeubles du tuteur, lorsque les parents, en conseil de famille, auront été d'avis qu'il ne soit pris d'inscription que sur certains immeubles. » Ainsi, ni la femme par elle-même, ni le mineur ou l'interdit par les parents réunis en conseil de famille pour la nomination du tuteur, ne peuvent jamais abandonner l'hypothèque légale ou y renoncer.

Ceci n'a pas besoin de commentaire en ce qui concerne le mineur et l'interdit. En ce qui concerne la femme, nous avons à faire remarquer qu'il ne s'agit pas ici de cette renonciation dont nous nous sommes déjà longuement occupé (voy. *suprà*, n° 451 et suiv.), de cette renonciation *en faveur des tiers*, que, majeure, elle est libre de faire, sauf en quelques cas où ses conventions matrimoniales y font obstacle. La renonciation qui lui est interdite ici par notre art. 2140 est celle qu'elle ferait *en faveur de son mari*, celle qui profiterait au mari seul en lui procurant l'affranchissement absolu de tous ses immeubles de l'hypothèque légale qui les grève au profit de la femme. La prohibition faite par notre article ne va pas plus loin. Encore même n'est-ce pas sans avoir subi une très-vive résistance qu'elle est allée jusque-là.

Non-seulement la prohibition n'était pas écrite dans la rédaction primitive de l'art. 49, correspondant, dans le projet, à l'art. 2140 du Code, mais encore l'idée contraire y était exprimée. « Lorsque, dans le contrat de mariage, y était-il dit, les parties seront convenues qu'*il ne sera pris aucune inscription sur les immeubles du mari,* ou qu'il n'en sera pris que sur un ou certains immeubles, *tous les immeubles du mari,* ou ceux qui ne seraient pas indiqués pour l'inscription, resteront libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot de la femme et pour ses reprises. » M. Bigot-Préameneu demanda que l'article n'autorisât les parties qu'à restreindre les hypothèques et ne permît pas d'en affranchir la totalité des immeubles du mari. Mais la proposition fut vivement combattue; elle trouva contre elle des opposants très-énergiques qui invoquaient le principe de la liberté des conventions, surtout en contrat de mariage. C'était notamment l'avis de Treilhard, Bérenger, Regnaud, Berlier. Au moment où les parties arrêtent leurs conventions matrimoniales, disaient ces conseillers d'Etat, elles jouissent de la liberté la plus illimitée de stipuler ce qu'il leur plaît; elles peuvent se donner tous leurs biens : comment donc leur refuser le droit, beaucoup moins considérable, de convenir que les biens du mari ne seront point chargés des hypothèques de la femme? D'ailleurs, il y a des positions qui donnent à la femme intérêt à ce que les biens de son mari demeurent libres. Les hypothèques gênent l'amélioration de fortune. Or, le mari étant choisi par la femme et par la famille qui donne la dot, comment empêcher les parties d'arrêter ce qui leur convient également à toutes? Elles prendront certainement les précautions qui sont nécessaires; et s'il en est qu'elles écartent, ce ne peut être que par la raison qu'elles les jugent dangereuses.

Toutefois ces considérations ne prévalurent pas; elles ne devaient pas prévaloir. D'une part, le principe même qu'elles prenaient pour base, quoique très-exact en lui-même, était fort mal à propos invoqué : le Premier Consul, répondant à l'objection, mettait cela parfaitement en lumière. « Sans doute, disait-il, qui peut le plus, peut le moins. Mais si la règle est incontestable, c'est seulement lorsqu'il s'agit de choses du même ordre; elle ne saurait être appliquée aux choses d'un ordre différent. Ainsi, point de doute que celui à qui la loi permet de donner

100 000 francs ne puisse, à plus forte raison, en donner 50 000. Mais il est difficile de concevoir comment une femme qui manifeste l'intention de retenir la propriété de ses biens, pourrait cependant, dans un excès de confiance, se dépouiller de toute sûreté, et renoncer à des hypothèques que la loi lui donne sans son fait, parce que la loi a jugé qu'elles lui sont nécessaires. » — D'une autre part, les considérations mises en avant par les opposants avaient le tort de se présenter au nom de l'intérêt privé sur un point qui, dans le système de la loi, est entièrement d'intérêt général et d'ordre public; cela aussi était relevé dans la discussion, notamment par Cambacérès, Maleville, Bigot-Préameneu, Tronchet. Les hypothèques légales, disaient-ils, étant établies par la seule autorité de la loi, indépendamment de toute autre volonté et de toute formalité, il est impossible d'y renoncer. Si cette faculté existait, l'hypothèque ne serait plus l'hypothèque légale; ce serait une hypothèque proposée par la loi à ceux à qui il plairait de la laisser subsister. Quand la loi couvre un individu de sa protection, il n'est permis ni à celui qu'elle protége, ni à tout autre, de repousser ce bienfait; et cela doit être d'autant moins permis ici à la femme, qu'après tout, si elle a été pourvue d'une hypothèque sur les biens de son mari, c'est non-seulement dans son propre intérêt, mais encore et surtout dans l'intérêt des enfants, et pour assurer autant que possible que si la fortune de leur père vient à être perdue, la dot de la mère, au moins, leur restera sauve, ce qui est d'ordre public (1).

Tels furent les motifs qui firent admettre la proposition de M. Bigot-Préameneu, et en raison desquels il fut ajouté à l'art. 2140 la prohibition expresse qui en constitue la disposition finale. Cette prohibition d'ailleurs était une nécessité du système; sans elle, la renonciation absolue, comme le disait encore le Premier Consul dans la discussion de la loi, fût devenue une clause de style dans tout contrat de mariage, ce qui eût équivalu à la suppression même de cette hypothèque légale, dont cependant les rédacteurs du Code n'avaient pas cessé un seul instant de proclamer la nécessité.

Ainsi la renonciation absolue à l'hypothèque légale par la femme envers son mari, ou envers le tuteur par le conseil de famille stipulant au nom du mineur ou de l'interdit, voilà ce qui est défendu. Toute convention ou tout avis contraire inséré soit dans le contrat de mariage, soit dans la délibération du conseil de famille, serait considérée comme nulle et non écrite, et la femme, le mineur ou l'interdit auraient une hypothèque générale dans les termes du droit commun, comme si rien n'avait été dit à cet égard, soit dans le contrat de mariage, soit dans la délibération du conseil de famille.

544. Ce qui est permis, c'est la restriction de l'hypothèque légale, dans tous les cas où cette restriction est sans danger pour celui que la loi veut protéger. Ainsi, un homme dont la fortune immobilière est considérable va se marier avec une personne dont la dot est insignifiante, ou

(1) *Voy.* Fenet (t. XV, p. 367 et suiv.), Locré (t. XVI, p. 260 et suiv.).

devenir tuteur d'un mineur ou d'un interdit dont le patrimoine est de peu de valeur. Même dans ce cas, il faut que l'hypothèque légale ne puisse pas être abandonnée d'une manière absolue, parce que, quelque élevé que soit le crédit immobilier du mari ou du tuteur au moment où l'hypothèque va prendre naissance, il peut survenir telles circonstances qui fassent tomber ce crédit au-dessous des obligations qui seront nées du mariage ou de la tutelle, ce qui mettrait en péril le petit avoir de la femme, du mineur ou de l'interdit. Mais convient-il, lorsqu'il y a si peu à garantir, que cette fortune immobilière hors de toute proportion avec la garantie probable soit affectée en totalité? Non sans doute; la loi n'a pas voulu contraindre à maintenir jusqu'à l'excès les conséquences de son principe. Elle a pensé que la protection due à ceux à qui leur âge ou leur dépendance ne permet pas de se défendre eux-mêmes ne devait pas paralyser dans leur action ceux contre lesquels la protection est accordée, ni les entraver dans toutes leurs affaires. La loi permet donc que, soit la femme par elle-même, soit le mineur ou l'interdit par les parents qui stipulent pour lui, renonce *partiellement* à son hypothèque, ou se réduise à un gage mieux en rapport avec les obligations du tuteur ou du mari.

545. Ainsi, il pourra être convenu, par le contrat de mariage, ou exprimé dans l'acte de nomination du tuteur, qu'il ne sera pris inscription que sur un ou certains immeubles du mari ou du tuteur. C'est l'hypothèse même de nos art. 2140 et 2141; en cette forme, la réduction constitue la spécialité appliquée à une hypothèque qui, en principe, est générale, ce qui fait qu'il n'y a de grevés au profit de la femme, du mineur ou de l'interdit, que l'immeuble ou les immeubles spécialement désignés.

Mais cette forme, quoique indiquée par la loi, n'est pas exclusive. La réduction pourrait être consentie par voie de *dégrèvement,* et n'en serait pas moins efficace. Ainsi, au lieu de dire qu'il ne sera pris inscription que sur tels ou tels immeubles, et, par conséquent, que l'hypothèque portera sur les immeubles déterminés, il pourrait être convenu qu'il ne sera pas pris inscription sur tels ou tels immeubles, et, par conséquent, que l'hypothèque portera sur tous immeubles qui appartiennent au tuteur ou au mari autres que ceux que la convention a nommément affranchis ou dégrevés.

546. D'ailleurs, les deux moyens diffèrent entre eux, non pas seulement en la forme, mais aussi dans leurs effets. Le premier fait de l'hypothèque légale une hypothèque conventionnelle, en quelque sorte, en ce sens qu'il lui imprime, comme nous l'avons dit, le caractère de la spécialité. Au contraire, le second maintient l'hypothèque légale dans son caractère propre, qui est la généralité, en ce qu'il la laisse s'étendre sur tous les immeubles du tuteur ou du mari, sauf ceux qui ont été conventionnellement exceptés.

De cette différence même, nous tirons la solution d'une question qui a été posée quelquefois et sur laquelle les idées émises n'ont pas été toujours parfaitement nettes. On s'est demandé si la femme qui a con-

senti à réduire son hypothèque légale peut cependant exercer son droit hypothécaire sur les immeubles qui adviennent ultérieurement à son mari. A notre sens, la question se résout par les termes mêmes dans lesquels la réduction a été consentie. Si la femme, en consentant, a procédé en la forme littéralement prévue par notre article 2140, il est clair que les biens advenus ultérieurement au mari restent affranchis de l'hypothèque légale, car elle a consenti à n'avoir pour gage que les immeubles qu'elle a spécialement désignés. Mais si elle a procédé par la voie du dégrèvement, les immeubles advenant au mari sont venus se ranger sous son hypothèque à mesure des acquisitions, car elle n'a renoncé à son hypothèque que sur les immeubles qu'elle a déclaré en affranchir.

La Cour de Paris a jugé cependant que, même dans le cas où la femme aurait restreint volontairement son hypothèque à *certains immeubles désignés,* les immeubles acquis par la suite au mari ne seraient pas affranchis de l'hypothèque légale (1). Mais il y avait, dans l'espèce, cette circonstance particulière : d'une part, que l'inscription avait été prise par la femme à raison de sa dot, de son douaire et de son préciput; et, d'une autre part, qu'elle réclamait son hypothèque à raison de créances autres que celles comprises dans l'inscription, et spécialement pour l'aliénation de ses propres et les obligations par elle contractées avec son mari. Ceci explique et justifie la solution; dès que la femme acquiert de nouvelles créances, ou de nouveaux droits à raison desquels l'hypothèque spéciale à laquelle elle avait consenti à se restreindre devient insuffisante, on comprend que son hypothèque soit étendue, nonobstant la spécialisation convenue, à l'immeuble nouvellement acquis que l'hypothèque affecte alors à titre de gage supplémentaire (2); c'est une application de la disposition contenue dans l'art. 2131 dont nous présentons plus loin le commentaire. La Cour de cassation a même jugé que la restriction conventionnelle de l'hypothèque légale, pour la dot et les conventions matrimoniales, n'emporte pas affranchissement des biens du mari pour les autres reprises futures et éventuelles de la femme (3). Et nous croyons qu'il faut aller jusque-là. — Mais en dehors de ces circonstances, et les droits ou créances de la femme restant tels qu'ils étaient au moment de la convention, une décision semblable à celle qui est émanée de la Cour de Paris renfermerait une erreur évidente dans toute espèce où l'hypothèque aurait été volontairement restreinte à un ou plusieurs immeubles déterminés. Encore une fois, c'est la spécialité appliquée, dans ce cas, à l'hypothèque légale; cette hypothèque, dès lors, ne peut, pas plus que ne le pourrait l'hypothèque conventionnelle, s'étendre sur des immeubles advenus ultérieurement au débiteur. Si la femme, le mineur ou l'interdit veulent, tout en restreignant l'hypothèque légale, conserver dans une certaine mesure le bénéfice de la généralité, il faut qu'ils stipulent ou qu'on stipule pour eux une réduction par voie de *dégrèvement;* ils auront ainsi pour gage

(1) Paris, 29 mai 1810.
(2) Voy. *Conf.* M. Duranton (t. XX, n° 59).
(3) Rej., 18 août 1856 (Dev., 56, 1, 872).

tous les immeubles, présents ou à venir, qu'ils n'auront pas expressément affranchis. Mais s'ils ont procédé ou si l'on a procédé pour eux par voie de *spécialisation*, c'est tant pis; leur gage hypothécaire, toutes choses se maintenant au même état qu'au moment de la convention, doit être également maintenu dans la limite où il a été volontairement et librement renfermé.

547. Il y a de ceci une application remarquable, et qui au premier aperçu doit paraître fort rigoureuse, dans une espèce qui, après avoir parcouru tous les degrés de juridiction et subi l'épreuve du recours en cassation, n'a été tranchée qu'après un arrêt de partage par la Cour de renvoi saisie par la Cour suprême après cassation.

Dans l'espèce, deux époux, en se mariant sous le régime dotal, étaient convenus que, pour sûreté de sa dot et de ses reprises, la future aurait hypothèque sur une maison déterminée et sur d'autres immeubles désignés par le lieu dans lequel ils étaient situés. Il était dit que l'hypothèque légale était restreinte à ces seuls immeubles, sans pouvoir être étendue à d'autres; mais le contrat de mariage ajoutait que « dans le cas où les immeubles hypothéqués par le mari viendraient à être aliénés, l'hypothèque pourrait être transportée sur d'autres immeubles, pourvu qu'ils fussent de valeur équivalente à ceux primitivement hypothéqués;... auquel cas la première constitution d'hypothèque s'évanouirait, et les immeubles qui en étaient l'objet seraient entièrement affranchis. » Le transfert d'hypothèque ainsi convenu par le contrat eut lieu au cours du mariage : le mari, ayant acquis un domaine, y transporta en effet l'hypothèque légale de sa femme, suivant acte par lequel il était déclaré que l'immeuble étant d'une valeur suffisante pour garantir les droits et reprises de la femme, ce qui était reconnu par celle-ci, les immeubles auxquels l'hypothèque légale avait été restreinte par le contrat de mariage pourraient être vendus. Ces immeubles furent vendus en effet, et le mari n'eut plus d'autre immeuble que le domaine nouvellement acquis sur lequel avait été transférée l'hypothèque légale de la femme. Mais le domaine était grevé d'autres droits réels. D'abord, il avait été acquis pour partie avec des fonds prêtés par des tiers qui avaient été subrogés dans les droits et privilèges du vendeur; et puis, le mari avait fait plusieurs emprunts pour sûreté desquels il avait conféré diverses hypothèques sur le même domaine. — En cet état, le domaine fut saisi et vendu; puis, un ordre s'étant ouvert pour la distribution du prix, les créanciers dont les fonds avaient servi à l'acquisition de l'immeuble, et qui avaient été subrogés aux droits du vendeur, furent colloqués d'abord par privilège; ceux auxquels le mari avait emprunté avec hypothèque vinrent après; et puis la femme fut colloquée comme ayant hypothèque légale à raison de ses droits et reprises matrimoniales. Mais elle ne pensa pas qu'elle dût accepter le dernier rang qui était ainsi donné à sa créance; en conséquence, elle contesta la collocation des créanciers qui lui avaient été préférés, et excipa contre eux des clauses de son contrat de mariage, soutenant que son hypothèque légale ayant été transférée, en vertu de ce contrat, sur le domaine dont le prix était

en distribution, son mari n'avait pu conférer utilement ni privilége ni hypothèque sur ce même domaine. Les créanciers contestés opposèrent à cela que, la clause du contrat de mariage portant restriction de l'hypothèque légale sur les immeubles déterminés avec faculté de transfert sur d'autres immeubles, était nulle en ce qui touche cette dernière réserve, et dès lors que le domaine dont le prix était à distribuer n'avait été jamais atteint par l'hypothèque légale. Toutefois la prétention de la femme réussit devant les premiers juges, et surtout devant les juges d'appel : la Cour de Grenoble décida nettement et en principe que les futurs époux peuvent, dans leur contrat de mariage, en restreignant l'hypothèque légale de la future épouse à certains des immeubles du mari spécialement désignés, stipuler que cette hypothèque pourra être transportée, avec le consentement de la femme, sur d'autres immeubles du mari, moyennant quoi les immeubles primitivement affectés de l'hypothèque légale en demeurent affranchis. En conséquence, la Cour de Grenoble donna le pas à l'hypothèque de la femme sur les priviléges et hypothèques des autres créanciers (1).

Toutefois, la décision ayant été déférée à la censure de la Cour suprême, la cassation en a été prononcée, après un assez long délibéré, par un arrêt duquel il résulte que le droit concédé aux époux, par l'art. 2140 du Code Napoléon, de restreindre, par leur contrat de mariage, l'hypothèque légale de la femme à certains immeubles, est exclusif du droit de faire la stipulation validée par la Cour de Grenoble (2); et l'affaire ayant été renvoyée devant la Cour de Lyon, la question y a donné lieu à un arrêt de partage qui été suivi d'un autre arrêt jugeant dans le même sens que celui de la Cour de cassation (3).

Cette solution, nous l'avouons, nous avait paru d'abord on ne peut plus rigoureuse; et, le dirons-nous, à la juger par les motifs qui ont déterminé la Cour de cassation à la consacrer, nous l'avions regardée comme assez mal fondée. La Cour dit « que les termes positifs et absolus de l'art. 2140 non-seulement n'autorisent point, mais défendent virtuellement aux époux de stipuler, même par le contrat de mariage, que les immeubles affranchis par ce contrat de l'hypothèque légale de la femme pourront être replacés sous cette hypothèque par l'effet d'une convention intervenue ultérieurement entre les époux, et qui substituerait, pour l'exercice de cette hypothèque, aux immeubles désignés dans le contrat, quelques-uns des immeubles d'abord affranchis et non désignés dans ledit contrat; que les dispositions de l'art. 2140 sont prohibitives de telles conventions, par l'effet desquelles la femme, pendant le mariage, alors qu'elle est sous la puissance de son mari, *pourrait, hors de la surveillance de sa famille et de la justice, sans les formes prescrites par l'art.* 2144, *compromettre sa dot et ses droits les plus importants et les plus précieux.* » Or ces motifs sont fort contestables

(1) Grenoble, 12 mars 1849 (Dev., 49, 2, 385).
(2) Cass., 5 mai 1852 (Dev., 52, 1, 289; Dalloz, 52, 1, 129; *J. P.*, 1855, t. II, p. 546).
(3) Lyon, 26 janv. 1854 (Dev., 54, 2, 245; Dalloz, 54, 2, 147; *J. P.*, *loc. cit.*).

en droit et par leur résultat étrange. En effet, ils ruinent la femme ou tout au moins lui enlèvent toutes les garanties que la loi lui donne pour la restitution de sa dot, au nom des principes établis en vue de lui en assurer la conservation (1)! C'est bien, en effet, la situation telle qu'elle se produit dans l'espèce sur laquelle il a été statué par les arrêts précités. Il y avait là une femme mariée qui, à raison de son hypothèque légale, avait obtenu des juges d'appel de se faire colloquer à un rang de préférence sur le prix en distribution d'un immeuble de son mari; ses droits et ses créances matrimoniales se trouvaient par là garantis. Eh bien, cette collocation qu'elle avait obtenue, on lui en enlève le bénéfice, et on la fait passer au dernier rang des créanciers. Pourquoi? Parce qu'en stipulant la réduction d'hypothèque dans les termes où elle l'a consentie, *elle a risqué de compromettre sa dot et ses droits les plus importants et les plus précieux!* Se peut-il rien de plus contradictoire! En droit, les motifs ci-dessus relatés condamnent la convention dont il s'agit sur l'autorité de l'art. 2144, en ce que la femme aurait réellement consenti, hors la surveillance de sa famille et de la justice, une réduction d'hypothèque qui, aux termes de cet article, ne peut être opérée, pendant le mariage, sans le concours de la justice et des parents. Et en cela, disions-nous, il y a confusion évidente de deux cas parfaitement distincts, celui de l'art. 2140 et celui de l'art. 2144 (2). Que ce dernier article, dont nous aurons à nous occuper bientôt (*voy.* n°s 554 et suiv.), ait exigé le concours de la justice et celui des parents de la femme, cela se conçoit dès qu'il s'agit là d'une réduction à consentir pendant le mariage, c'est-à-dire quand la femme est sous l'influence maritale. Mais ce n'est pas notre espèce : ici la réduction est opérée par le contrat de mariage lui-même, en vertu de notre art. 2140; il ne s'agit plus que d'exécuter la réduction dans les termes où elle a été consentie par la femme; et bien que cette exécution ait lieu au cours du mariage, il ne saurait plus être question du concours de la justice, ni surtout de celui de la famille, puisque la femme a été assistée de ses parents dans le contrat où tout a été consenti, et la réduction elle-même, et les conditions dans lesquelles elle pourrait être ultérieurement opérée.

Mais en y regardant de plus près, nous demeurons convaincu que la solution consacrée par la Cour de cassation est en définitive la meilleure, et qu'elle doit prévaloir, sinon par les motifs que la Cour a invoqués, au moins par d'autres que nos observations précédentes ont dû faire pressentir.

Nous l'avons dit, l'hypothèque légale, générale en principe, est spécialisée dans le cas où les parties, usant de la faculté que leur accorde notre art. 2140, déclarent que l'hypothèque sera restreinte à un ou à certains immeubles désignés : la spécialisation résulte ici des termes mêmes de la loi, qui nous dit expressément que, dans ce cas, les immeubles du mari, autres que ceux qui ont été déterminés, *resteront*

---

(1) C'est la très-juste remarque faite par M. Devilleneuve dans les observations dont il a fait suivre l'arrêt du 5 mai 1852 (52, 1, 292, à la note, *in fine*).

(2) *Voy.* aussi M. Troplong (5e édit. *Des Priv. et Hyp.*, t. II, p. 457, note 2).

libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot de la femme et pour ses reprises et conventions matrimoniales. Or nous ne retrouvons plus cette spécialisation dans une convention qui laisse aux époux la faculté de faire passer l'hypothèque d'immeubles spécialement désignés à d'autres immeubles que n'atteignait pas l'affectation primitive : alors il est vrai de dire que l'hypothèque reste générale, en ce que, pouvant être transférée de tel immeuble déterminé dans la convention à tel autre immeuble qu'il plaira aux époux de choisir, elle grève éventuellement l'entier patrimoine immobilier. Voilà, selon nous, ce qui infirme la clause; c'est en cela qu'elle est contraire à la lettre et à l'esprit de l'art. 2140 : à la lettre, car, d'un côté, elle n'affecte que conditionnellement et d'une manière incertaine les immeubles déterminés dans la convention, alors que ces immeubles doivent, dans les termes de la loi, être grevés d'une manière définitive et fixe; et, d'un autre côté, elle s'étend éventuellement même aux immeubles non désignés, alors que, dans les termes de la loi, ces immeubles doivent rester libres et affranchis; à l'esprit, puisque la loi, en permettant la réduction de l'hypothèque de manière à la mettre en rapport avec les obligations qui vont naître du mariage, a eu pour objet de concilier le crédit du mari avec la garantie due à la femme, et que la pensée de la loi est méconnue du moment où l'hypothèque peut s'étendre, même éventuellement, à toute la fortune immobilière du mari : c'est donc en cela que la convention dont il s'agit ici est vicieuse et doit être annulée (1). C'est aussi à ce point de vue que s'est placée la Cour de Lyon en statuant sur le renvoi prononcé par la Cour de cassation.

548. Est-ce à dire qu'il faille admettre dans toutes ses parties la décision émanée de la Cour de Lyon? Non. La Cour, à notre avis, s'est trompée sur les effets et l'étendue de la nullité qu'elle a prononcée. Le contrat de mariage, a-t-elle dit, renferme, quant à l'hypothèque légale de la femme, deux stipulations distinctes, à savoir : l'une, que l'hypothèque légale sera restreinte à tels immeubles déterminés; l'autre,

(1) C'est l'opinion émise par M. Rodière, dans les observations qu'il a faites sur les arrêts précités de la Cour de cassation et de la Cour de Lyon (*Voy.* au *Journal du Palais*, 1855, t. II, p. 546). M. G. Massé a aussi exprimé cet avis dans le Recueil de M. Devilleneuve (52, 1, 189, à la note). Toutefois M. Massé a cherché le principe de sa solution dans l'art. 1395 du Code Napoléon, et si la clause dont il s'agit ici lui a paru devoir être annulée, c'est principalement et à peu près exclusivement en ce qu'elle opère ou au moins donne le moyen d'opérer un *changement* aux stipulations du contrat de mariage, contrairement aux dispositions de cet art. 1395, d'après lequel les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. Nous n'adoptons pas, pour notre part, ce point de vue, et nous croyons même que s'il fallait chercher la raison de décider dans l'art. 1395 du Code Napoléon, la solution admise par M. Massé n'y trouverait pas sa justification. En effet, lorsque des époux en se mariant se réservent la faculté de transporter, pendant le mariage, l'hypothèque de la femme d'un immeuble auquel ils l'ont limitée à un autre immeuble, nous ne saurions voir dans l'acte par lequel le transport de l'hypothèque est ultérieurement effectué un changement aux conventions matrimoniales; nous y verrions plutôt l'exécution de ces conventions. Cela a été très-nettement expliqué par M. Devilleneuve dans la réfutation qu'il a faite de l'opinion de M. Massé (voy. *loc. cit.*).

que cette hypothèque, en cas d'aliénation du bien, pourra être transférée, moyennant certaines conditions, sur d'autres immeubles du mari. Or, ajoute la Cour, ces deux stipulations du contrat de mariage sont indépendantes l'une de l'autre, et, par conséquent, la nullité de la seconde ne peut influer sur la validité de la première.

Nous cessons, en cela, d'être d'accord avec l'arrêt. D'abord nous lui reprochons l'étrange contrariété de vues signalée tout à l'heure. Car, d'une part, la Cour de Lyon prend en main l'intérêt de la femme; elle parle aussi de la nécessité de proscrire un mode d'hypothèque légale limitée et ambulatoire, *fécond en embûches au préjudice de la dot,* une clause opposée à l'ensemble des dispositions par lesquelles le Code *a organisé, dans des vues d'ordre public, les sûretés qu'il accorde aux femmes mariées*. Et puis, ces prémisses posées, elle conclut à l'annulation de la collocation que la femme avait obtenue dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix de l'immeuble sur lequel son hypothèque avait été transférée en exécution de la convention! Ainsi, la Cour proclame en droit les principes conservateurs de la dot; et puis, venant à l'application, elle ruine la femme au nom des principes qu'elle a proclamés en lui refusant l'exercice de son droit hypothécaire au profit d'autres créanciers! Ensuite, nous reprochons à l'arrêt de n'avoir pas aperçu qu'en déclarant nulle cette limitation conditionnelle de l'hypothèque, qui est nulle, en effet, comme nous l'avons démontré au numéro précédent, il fallait la tenir comme non écrite et pour non avenue. Ainsi, elle aurait rétabli l'hypothèque légale dans les conditions du droit commun, ou, en d'autres termes, elle aurait restitué à cette hypothèque son caractère de généralité. La conséquence, dans l'espèce, eût été que la femme, au lieu d'être renvoyée à exercer son droit sans doute sur les immeubles primitivement affectés, c'est-à-dire sur des immeubles qui n'étaient plus aux mains du mari, que des tiers avaient acquis et qu'ils avaient purgés peut-être sans que la femme eût songé à intervenir, dans la pensée que le transport de son hypothèque sur d'autres immeubles lui donnait une garantie sérieuse et suffisante, aurait été maintenue dans l'ordre en vertu de son hypothèque, qui, rétablie dans son caractère de généralité, se serait étendue à l'immeuble dont le prix était en distribution, comme à tous autres qui auraient pu appartenir à son mari.

Et remarquons-le bien, cette annulation absolue, outre qu'elle fait concorder les prémisses avec la conséquence, a cet autre avantage que seule elle rentre exactement dans la vérité des principes comme dans l'intention probable des parties. Car, quoi qu'en ait pu dire la Cour de Lyon, la clause dans laquelle cette cour a vu deux stipulations distinctes et indépendantes l'une de l'autre, présente à l'esprit l'idée d'une seule et même convention dont toutes les parties sont liées entre elles, tellement que l'on n'en peut supprimer une sans détruire l'ensemble (1). C'est une limitation conditionnelle de l'hypothèque légale; le déplace-

(1) C'est aussi l'avis exprimé par M. Rodière dans les observations qu'il a présentées tant sur l'arrêt de la Cour de cassation que sur celui de la la Cour de Lyon, cités aux notes précédentes. (Voy. *Journal du Palais, loc. cit.*, 547, à la note, *in fine*.)

ment de l'hypothèque est la condition même de la convention; la femn ne consent à restreindre son gage hypothécaire que sous cette conditi formelle, que les immeubles qu'elle a bien voulu accepter pour ga spécial venant à être aliénés, il lui serait offert d'autres immeubles da lesquels elle trouverait une garantie égale et aussi certaine. Supprin maintenant la condition, la convention n'a plus sa raison d'être; et faut nécessairement que la femme, pour qu'elle ne soit pas tromp pour qu'on ne se fasse pas contre elle une arme des sûretés mêmes q la loi lui a données dans une pensée toute de protection, soit rétal dans la plénitude de son droit, parce qu'en réalité elle n'en a ab donné rien dès qu'on efface la condition sous laquelle elle avait c senti à en laisser une partie. Ainsi le veulent à la fois et les princi et la justice; et il nous répugnerait de penser que la Cour de Lyon être suivie dans la voie où elle s'est engagée, si la question, qui d' leurs était sans précédents jusqu'aux arrêts précités, venait à se re duire.

Ainsi fixés sur ce qui est interdit et sur ce qui est permis par art. 2140 et 2141, nous venons aux circonstances dans lesquelles se former la convention dont il s'agit ici, aux conditions sous lesqu elle peut être faite, et aux effets qu'elle produit.

549. C'est au moment où l'hypothèque va prendre naissance qu réduction en peut être consentie par la femme, ou autorisée pa parents du mineur ou de l'interdit. Ceci ressort des termes mêmes loi, qui statue ici spécialement dans la prévision du cas où la conve a lieu, en ce qui concerne l'hypothèque légale de la femme, *da contrat de mariage* (art. 2140), et en ce qui concerne celle du min *dans l'acte de nomination du tuteur* (art. 2141, 2143). A cet ég les dispositions de la loi s'expliquent d'elles-mêmes, particulière sur l'hypothèque légale de la femme. Il en résulte que tout autre que celui du contrat de mariage dans lequel la femme donnerait consentement à ce que l'hypothèque légale fût réduite à tels ou immeubles, serait inutile et sans efficacité : l'hypothèque resterait g rale comme si aucun acte ne fût intervenu; car c'est dans le co même d'où procède une hypothèque qui de sa nature serait géné qu'il importe d'écrire la dérogation au principe de la généralité. — tefois cela n'exclut pas la possibilité de réduire l'hypothèque pa contre-lettre dans la forme de l'art. 1396, la contre-lettre, dans c se reliant aux conventions matrimoniales qu'elle modifie.

Quant à l'hypothèque légale du mineur, la loi est claire égaleme ce qu'elle indique suffisamment que c'est dans l'acte même qui no le tuteur que les parents, réunis pour procéder à la nomination, do restreindre l'hypothèque du mineur ou de l'interdit, sans quoi hypothèque s'attachera à tous les immeubles du tuteur, sauf l' cation, s'il y a lieu, de l'art. 2143 auquel nous allons arriver. M loi est incomplète en ce que la tutelle ne procède pas toujours acte de nomination par les parents réunis en conseil de famille. I indépendamment de la tutelle dative dont le conseil de famille co

la charge, la tutelle testamentaire et la tutelle légitime qui s'établissent sans que le conseil de famille y prenne aucune part. Et maintenant, de ce que notre art. 2141 parle seulement de parents réunis en conseil de famille, s'ensuit-il que le principe qu'il pose ne puisse pas être appliqué dans les cas de tutelle testamentaire ou légitime? Il faut distinguer.

Le père qui par son testament donne un tuteur à ses enfants mineurs doit avoir un droit au moins égal à celui qui appartient au conseil de famille. Si donc il a déclaré dans son testament que l'hypothèque conférée par la loi aux mineurs sur l'universalité des immeubles du tuteur serait restreinte à tels ou tels immeubles du tuteur qu'il a nommé pour ses enfants, il n'y aurait aucun motif, à nos yeux, pour ne pas donner effet à cette disposition testamentaire. Le père n'a pas moins de sollicitude pour l'intérêt de ses enfants que n'en pourrait avoir un conseil de famille; il serait dès lors peu raisonnable de lui contester un droit que le conseil de famille peut exercer (1). Et ce que nous disons du père, il faut le dire également de la mère, puisque la loi lui donne, pour le choix d'un tuteur, le même droit qu'au père (art. 397 et suiv.). Il y a toutefois un cas à excepter, c'est celui où la mère serait remariée. La loi nous dit que, dans ce cas, lorsque la mère, maintenue dans la tutelle, aura fait choix d'un tuteur aux enfants de son premier mariage, ce choix ne sera valable qu'autant qu'il sera confirmé par le conseil de famille (art. 400). On peut dire alors que jusqu'à un certain point on rentre dans la prévision de notre art. 2141, et que dès lors l'hypothèque légale du mineur ne sera restreinte qu'autant que le conseil de famille, en confirmant le choix du tuteur fait par la mère, aura confirmé également la disposition du testament par laquelle la mère avait réduit l'hypothèque légale à certains immeubles déterminés (2).

Mais en ce qui concerne la tutelle légitime, celle qui s'ouvre de plein droit et sans aucun acte de nomination, au profit du survivant des père et mère (art. 390) ou des ascendants s'il n'a pas été choisi de tuteur par le dernier mourant des père et mère du mineur (art. 402 et suiv.), l'hypothèque est nécessairement générale au moment où elle prend naissance, car il n'intervient aucun acte de nomination par lequel cette hypothèque puisse être réduite; et si le conseil de famille doit être réuni même en ce cas, ce ne peut être que pour nommer un subrogé-tuteur aux mineurs (art. 421), et nullement pour restreindre l'hypothèque attribuée par la loi à ceux-ci, ce que le conseil ne peut faire que dans les tutelles qui, étant déférées par lui-même, procèdent de lui. Donc le tuteur légitime, bien qu'il possède des immeubles plus que suffisants pour la garantie des obligations qui vont naître de la tutelle, ne peut pas invoquer le bénéfice de notre art. 2141; il n'y a pour lui de réduction possible de l'hypothèque légale que dans le cas et suivant les formes de l'art. 2143 auquel nous allons arriver.

550. Quant aux conditions sous lesquelles il est permis de réduire

(1) *Conf.* MM. Persil (art. 2142, n° 3), Dalloz (*Rép.*, v° Hyp. et Priv., p. 434, n° 10).

(2) *Voy.* M. Dalloz (*loc. cit.*, n° 11).

l'hypothèque légale, soit par le contrat de mariage, soit par l'acte de nomination du tuteur, elles sont peu nombreuses ; on peut les ramener à trois : l'une, propre à l'hypothèque légale de la femme; les deux autres, communes à cette hypothèque et à celle du mineur ou de l'interdit.

551. Il faut d'abord, en ce qui concerne l'hypothèque de la femme, que la convention intervienne entre parties *majeures :* c'est la disposition formelle de notre art. 2140. Toutefois, elle est trop absolue dans l'expression : la loi parle des *parties* majeures, d'où résulterait que la réduction serait impossible si le mari lui-même n'était pas en état de majorité aussi bien que la femme. Ce serait cependant une exagération d'aller jusque-là. Le mari qui obtient, par son contrat de mariage, la réduction de l'hypothèque légale qui sans cela affecterait l'universalité de ses biens immeubles, ne fait, quant à lui, aucun sacrifice; au contraire, il stipule dans son intérêt et en sa faveur. Or le mineur ne saurait, dans une pareille situation, trouver un obstacle dans sa minorité; car il est de principe que le mineur est toujours suffisamment apte lorsqu'il s'agit de faire sa condition meilleure. C'est donc de la femme seulement que la loi entend parler lorsqu'elle impose cette condition de majorité; et si elle a parlé des *parties majeures,* c'est que, s'attachant dans ses prévisions à ce fait qu'habituellement la différence d'âge dans le mariage est au profit de la femme, elle a supposé que si la future était majeure, le futur serait par cela même majeur également.

Mais il faut de toute nécessité que la femme soit majeure; si elle était en état de minorité, tout consentement qu'elle donnerait à la réduction de l'hypothèque légale serait inefficace et inopérant. Un seul auteur, M. Taulier, soutient le contraire aujourd'hui, parce que, dit-il, d'après les art. 1309 et 1398 du Code Napoléon, un mineur peut faire par contrat de mariage toute espèce de convention, pourvu qu'il soit assisté des personnes avec le consentement desquelles il lui est permis de se marier, et parce qu'il n'y a pas de raison pour que la femme mineure, valablement assistée, ne puisse pas consentir, par contrat de mariage, la réduction de son hypothèque légale aussi bien que toute autre disposition (1). Toutefois la jurisprudence et la doctrine ont pensé, au contraire, qu'il y avait une raison, et très-précise, pour qu'il en fût autrement (2); et cette raison se trouve, en effet, dans le texte même de l'art. 2140 et dans l'expression de *parties majeures,* qui n'y était pas d'abord et qui y a été introduite par suite d'amendement. Il est vrai que l'amendement ne portait pas précisément sur ce point, et qu'il était principalement dirigé contre la partie du projet primitif qui permettait

---

(1) *Voy.* M. Taulier (t. VII, p. 319). La Cour de Paris s'était d'abord prononcée en ce sens. *Voy.* arrêt du 10 août 1816.

(2) *Voy.* Rej., 19 juill. 1820; Caen, 15 juill. 1836; Lyon, 30 mai 1844; Grenoble, 25 août 1847 (Dev., 20, 1, 356; 37, 2, 229; 44, 2, 449; 48, 2, 301). *Voy.* aussi MM. Persil (art. 2140, n° 3), Grenier (t. I, n° 269), Tarrible (*Rép. de Merlin*, v° Inscrip. hyp., § 3, n° 18), Dalloz (*loc. cit.*, p. 433, n° 2), Duranton (t. XX, n° 56), Zachariæ (t. II, p. 127, note 21), Troplong (n° 637 *bis*).

non-seulement de réduire l'hypothèque, mais même *d'en affranchir absolument les immeubles du mari* (voy. *suprà*, n° 543). Mais enfin, le mot a été inséré dans l'article, et il n'y a pu être mis que dans le but de n'accorder qu'à la femme *majeure* la faculté de réduire, par son contrat de mariage, l'hypothèque générale qu'elle tient de la loi. Il faut donc s'attacher au texte qu'il s'agit d'expliquer et non de refaire, et dire qu'ici la loi a fait exception au principe des art. 1309 et 1398 du Code Napoléon, ou bien dire, avec la Cour de cassation, que ces articles qui autorisent, en général, les mineurs à faire, dans les contrats de mariage, du consentement de leurs parents, toutes les conventions dont ces contrats sont susceptibles, ne s'appliquent qu'aux conventions qui ne sont pas spécialement réglées par la loi (1).

552. Les deux autres conditions, qui, ainsi que nous l'avons dit, sont communes à l'hypothèque légale de la femme et à celle du mineur ou de l'interdit, ont trait au consentement et à l'importance du bien.

D'une part, la réduction de l'hypothèque légale, cela se conçoit de soi-même, ne peut pas être le résultat de la seule volonté du tuteur ou du mari. Il faut, quant à l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit, que le conseil de famille *émette son avis* dans l'acte de nomination du tuteur; et cet avis, qui équivaut au consentement que donnerait le pupille ou l'interdit s'il était capable de le donner, opère la réduction de l'hypothèque. Et quant à l'hypothèque légale de la femme, il faut que celle-ci consente à la réduction, et son consentement, s'il est exprès, formel et précis, ou, au moins, s'il ne laisse aucun doute sur la renonciation partielle par la femme à son hypothèque légale (2), produira l'affranchissement des immeubles du mari dans la mesure que la convention aura fixée.

D'une autre part, la réduction n'est autorisée qu'autant que la fortune immobilière du mari ou du tuteur est plus que suffisante pour garantir les obligations qui doivent naître du mariage ou de la tutelle, et qu'autant que les immeubles auxquels l'hypothèque est limitée présentent une garantie sérieuse pour la femme, le mineur ou l'interdit. Si la fortune du mari ou du tuteur n'était pas réellement surabondante, ou si elle ne l'était que dans une proportion très-minime eu égard aux droits et créances de la femme, du mineur ou de l'interdit, il ne saurait y avoir lieu de restreindre l'hypothèque; et de même, si, dans le cas où la restriction aurait été consentie ou autorisée, il arrivait que les immeubles spécialement grevés fussent insignifiants ou même atteignissent à peine à la valeur des droits et créances garantis, la réduction devrait être considérée comme non avenue, et la femme, le mineur ou l'interdit seraient fondés à revendiquer leur droit primitif ou, en d'autres termes, l'exercice de l'hypothèque légale dans sa généralité, sauf, bien entendu, les droits acquis aux tiers dans l'intervalle (3). Nous re-

(1) *Voy.* l'arrêt de rejet du 19 juillet 1820, cité à la note précédente.
(2) *Voy.* M. Troplong (n° 638).
(3) *Voy.* Paris, 10 fév. 1857 (Dall., 57, 2, 125; Dev., 57, 2, 124). La décision a été

venons là-dessus en nous occupant du second cas dans lequel la réduction est autorisée (voy. *infrà*, n° 557).

553. Enfin la réduction, soit qu'elle ait eu lieu par voie de *spécialisation*, soit qu'elle ait été faite par voie de *dégrèvement* (voy. *suprà*, n° 545), a pour effet d'affranchir de l'hypothèque légale les immeubles autres que ceux indiqués dans le cas de *spécialisation* ou que ceux exceptés dans le cas de *dégrèvement*. Cela résulte de l'art. 2140, qui nous dit que ces immeubles *resteront libres* et *affranchis;* et l'art. 2142 déduit ensuite la conséquence en disposant que, dans ce cas, le mari, le tuteur et le subrogé-tuteur ne seront tenus de requérir inscription que sur les immeubles qui restent grevés.

Mais, notons-le bien, le sort de l'hypothèque légale ne dépend en aucune manière de l'inscription. L'hypothèque restreinte n'est privée que de l'une de ses prérogatives, la généralité; elle retient toutes les autres, et notamment celle d'exister au profit de la femme, du mineur ou de l'interdit, indépendamment de toute inscription (art. 2135). Ainsi, le mari, le tuteur et le subrogé-tuteur sont tenus, dans le cas dont il s'agit ici, de requérir inscription dans les conditions des art. 2136 et 2137, que nous expliquerons tout à l'heure, et sous la même responsabilité; mais l'inscription qu'ils devront requérir aura pour objet, non pas la fixation du rang de l'hypothèque légale, mais uniquement et exclusivement l'intérêt des tiers.

C'est pourquoi si le mari, le tuteur et le subrogé-tuteur, considérant comme purement facultative la disposition de notre art. 2142, croyaient devoir requérir inscription sur la totalité des immeubles, il n'est pas douteux que cette inscription ne serait opposable aux tiers qu'en ce qui concerne ceux de ces immeubles auxquels l'hypothèque légale aurait été réduite, et que, pour le surplus, l'inscription devrait être considérée comme si elle n'existait pas.

VIII. — 554. L'hypothèque légale peut être réduite aussi au cours du mariage ou de la tutelle; c'est le second cas de spécialisation prévu par la loi, lequel est régi, comme nous l'avons dit, par les art. 2143, 2144, 2145. Le tuteur ou le mari dont la fortune immobilière était peu considérable au moment du mariage ou de l'ouverture de la tutelle peut acquérir, au cours du mariage ou de la tutelle, soit par succession, soit par son travail ou son industrie, des biens qui élèveront son crédit immobilier bien au delà de ce qui serait nécessaire pour la pleine garantie de la femme, du mineur ou de l'interdit. Faut-il que toute cette fortune vienne, à mesure qu'elle est acquise, se placer sous l'hypothèque légale, et en demeure affectée sans qu'il soit possible au tuteur d'en faire affranchir la moindre partie? De même le tuteur légitime peut avoir, même en prenant la tutelle, des biens immobiliers dont la valeur excède de beaucoup les obligations qui peuvent naître de la tutelle. Faut-il que ces biens demeurent grevés en totalité, parce que la nature même de son

rendue sur une réduction d'hypothèque prononcée en justice dans le cas de l'art. 2144 (voy. *infrà*, n° 557). Mais les principes consacrés par l'arrêt reçoivent leur application dans notre cas. — *Voy.* cependant Grenoble, 18 janv. 1833 (Dev., 33, 2, 457).

titre n'a pas permis à ce tuteur, comme nous l'avons vu plus haut (*voy.* nº 549), d'invoquer le bénéfice de l'art. 2141 quand il est entré en exercice? Le législateur ne l'a pas pensé, et, en conséquence, il a dit, dans l'art. 2143, que, « lorsque l'hypothèque légale n'aurait pas été restreinte par l'acte de nomination du tuteur, celui-ci pourrait, dans le cas où l'hypothèque générale sur ses immeubles excéderait notoirement les sûretés suffisantes pour sa gestion, demander que cette hypothèque fût restreinte aux immeubles suffisants pour opérer une pleine garantie en faveur du mineur; que cette demande serait formée contre le subrogé-tuteur, et devrait être précédée d'un avis de famille; » et, dans l'art. 2144, que « le mari pourrait pareillement, du consentement de sa femme, et après avoir pris l'avis des quatre plus proches parents d'icelle, réunis en assemblée de famille, demander que l'hypothèque générale sur tous les immeubles, pour raison de la dot, des reprises et conventions matrimoniales, fût restreinte aux immeubles suffisants pour la conservation entière des droits de la femme. »

555. Nous n'avons pas à insister ici sur ce qui est permis et sur ce qui est défendu par ces deux articles : c'est seulement la réduction ou la restriction de l'hypothèque légale qu'ils autorisent; et, bien que le texte ne le dise pas expressément, la restriction ne peut aller jusqu'à la renonciation absolue à l'hypothèque. Nos observations sur ce point seraient donc la répétition de celles que nous avons présentées sur la réduction dans le cas des art. 2140 et 2141 : nous ne pouvons que nous y référer (voy. *suprà*, nºˢ 543 et suiv.).

556. Quant aux conditions sous lesquelles la restriction peut être obtenue, il y en a une qui doit être ajoutée, dans le cas actuel, à celles qui sont requises dans le cas précédent. Il faut que l'hypothèque n'ait pas été réduite déjà par le contrat de mariage ou par l'acte de nomination du tuteur; l'hypothèque ainsi réduite participe désormais de l'hypothèque conventionnelle, sinon par sa création, au moins par son objet et par son effet, en ce qu'elle a été en quelque sorte spécialisée : on peut donc la regarder comme soumise à la disposition finale de l'art. 2161, d'après laquelle l'action en réduction ou en radiation des inscriptions ne s'applique pas aux hypothèques conventionnelles.

557. Pour le surplus, les conditions de la restriction demandée pendant le mariage ou la tutelle sont les mêmes que pour le cas précédent, bien que sur plusieurs points quelques auteurs en aient pensé autrement.

Ainsi, soit qu'il s'agisse de l'hypothèque légale du mineur ou de *l'interdit* (car, d'après l'art. 509 du Code Napoléon, il faut ajouter l'interdit au texte de l'art. 2143, qui ne parle que du mineur), soit qu'il s'agisse de l'hypothèque légale de la femme, il faut que l'hypothèque générale excède notoirement les sûretés suffisantes pour la gestion du mari ou du tuteur : d'où suit que si la surabondance de garantie était insignifiante, la réduction ne pourrait être autorisée (1); et que,

(1) *Voy.* Req., 20 avr. 1826.

même après que la réduction aurait été autorisée, il y aurait lieu d'y ajouter, ou même au besoin de rétablir l'hypothèque dans sa généralité (*suprà*, n° 552), si la garantie laissée au mineur ou à la femme venait à être reconnue insuffisante. Sur ce dernier point, cependant, quelques doutes ont été élevés : la circonstance que la réduction dans ce cas est prononcée *par jugement*, a été relevée récemment par le tribunal de la Seine, et opposée au créancier pourvu d'une hypothèque légale réduite, comme constituant une exception de chose jugée contre toute demande tendante à l'extension de l'hypothèque. Mais la décision a été infirmée; la Cour de Paris a justement considéré qu'en pareille matière les décisions qui interviennent, irrévocables à l'égard des tiers pour les droits qui leur sont acquis, n'ont entre la femme et le mari qu'un caractère purement provisoire; qu'il est de l'essence même des choses que si le droit du créancier avec hypothèque légale a été compromis par ignorance, par légèreté, ou si des événements surviennent de nature à modifier les garanties à lui réservées, ce créancier puisse réclamer le bénéfice de la loi; que la raison ne permet pas d'admettre que la disposition du Code Napoléon, qui a voulu que, lorsque le gage est surabondant, on puisse libérer de l'hypothèque une partie des biens du mari ou du tuteur, doive être entendue et appliquée de manière à régler sans retour le sort de la femme ou du mineur, quoi qu'il arrive après la restriction consentie (1). L'arrêt réserve, d'ailleurs, les droits acquis aux tiers, et ils doivent en effet être réservés : en ce sens, nous considérons comme très-exacte une décision de laquelle il résulte que si, après réduction de l'hypothèque légale accordée à la femme, la garantie de la dot devient insuffisante par suite d'un événement ultérieur, spécialement l'éviction de l'un des immeubles auxquels l'hypothèque a été restreinte, la femme n'a aucun recours contre les tiers détenteurs des immeubles affranchis, même contre ceux qui auraient acquis antérieurement à la restriction de l'hypothèque légale (2).

558. S'agit-il de l'hypothèque légale de la femme, il faut, en outre, pour que la réduction puisse être demandée : 1° que la femme soit *majeure*. M. Persil soutient cependant que la loi, dans l'art. 2144, ne s'attache pas à l'état de la femme comme dans l'art. 2140; qu'elle la regarde toujours comme capable de consentir, et dès lors que, même quand la femme est mineure, le mari peut demander la réduction (3). Tel paraît être aussi l'avis de M. Troplong, qui, sans s'expliquer précisément sur ce point, critique la loi d'avoir exigé la condition de majorité pour la réduction de l'hypothèque par le contrat de mariage (art. 2140), et puis ajoute que, s'il y a un vice dans cette sévérité à l'égard des mineurs, on y peut remédier en partie par l'art. 2144 (4). Nous n'en considérons pas moins la condition de majorité comme éga-

(1) *Voy.* l'arrêt, déjà cité au n° 552, du 10 fév. 1857.
(2) Montpellier, 17 déc. 1851 (Dev., 52, 2, 664).
(3) *Voy.* M. Persil (art. 2144, n° 4).
(4) *Voy.* M. Troplong (n° 637 *bis*). — *Junge* : M. Dalloz (*Rép.*, v° Hyp., p. 433, n° 4, note 1).

lement nécessaire dans le cas de réduction demandée par le mari pendant le mariage; et nous dirons même que, plus encore dans ce cas que dans celui de l'art. 2140, il importe que la condition de majorité ne soit pas éludée. Certes, lorsque le législateur, par exception au principe des art. 1309 et 1398, n'a pas voulu, à tort ou à raison, que la femme mineure pût consentir à la réduction de l'hypothèque au moment où elle contracte mariage, alors qu'elle est entourée de ses parents dont elle reçoit les conseils, et que, de plus, elle est encore absolument indépendante vis-à-vis de son mari, il n'est pas facile d'admettre que ce même législateur a entendu que, dès le lendemain du mariage, la femme, quoique mineure encore, serait, par le fait seul du mariage, relevée de l'incapacité d'y consentir, et que, précisément quand elle est livrée sans défense à l'influence de son mari, elle ne serait plus protégée par sa minorité même, et deviendrait subitement capable d'un consentement que son âge même et son inexpérience ne lui permettraient pas de refuser à son mari, qui seul en doit profiter. Nous savons bien que le consentement de la femme ne suffit pas à lui seul pour opérer la réduction de l'hypothèque, et nous allons voir tout à l'heure qu'après ce consentement, et indépendamment de lui, il faut un avis de parents et une sanction de la justice. Mais la question n'est pas là. Avant tous autres, la femme est, pour ainsi dire, juge en premier ressort de son action dans cette occurrence, où il s'agit pour elle d'abandonner une partie plus ou moins notable de ses sûretés; car, nous l'allons voir aussi tout à l'heure, son consentement est absolument nécessaire. Il faut donc que ce consentement soit donné en toute liberté et en pleine connaissance de cause. Or, si la femme mineure n'est pas capable, d'après le texte positif de la loi, de donner ce consentement libre et réfléchi dans le cas de l'art. 2140, à plus forte raison n'en est-elle pas capable dans le cas de l'art. 2144, puisqu'elle y jouit de moins de liberté vis-à-vis de son mari. Voilà pourquoi nous pensons que ce dernier article suppose, en ce qui concerne la majorité, ce que le premier a formellement exprimé. Et voilà aussi pourquoi, si nous disons avec M. Troplong qu'on peut remédier en partie, par l'art. 2144, à la sévérité de l'art. 2140 à l'égard du mineur, c'est en ce sens seulement que le mari qui, à raison de la minorité de sa femme, n'a pu obtenir par contrat de mariage la réduction de l'hypothèque légale, pourra l'obtenir au cours du mariage, à la condition d'attendre, pour la demander, que sa femme ait atteint sa majorité (1).

559. Il faut, 2° que la femme consente à la réduction : c'est, comme nous venons de le dire, une condition nécessaire, et sans laquelle le mari ne pourrait pas même engager sa demande et y suivre. Quelques auteurs enseignent cependant, et plusieurs arrêts ont décidé que les tribunaux peuvent, sur la demande du mari, arbitrer s'il y a excès dans l'hypothèque, et ordonner qu'elle sera réduite, nonobstant le refus de la femme d'y consentir (2). On a dit à l'appui de cette doctrine que la

(1) *Voy.*, en ce sens, MM. Tarrible (*Rép. de Merlin*, v° Inscript., § 3, n° 22), Duranton (t. XX, n° 67), Mourlon (*Rép. écrit*, t. III, p. 488).

(2) *Voy.* Paris, 16 juin 1813 et 25 avr. 1823; Nancy, 26 août 1825. — *Junge :*

femme n'est pas maîtresse absolue de son hypothèque; que si en lui accordant, comme à tout créancier ayant une hypothèque légale ou judiciaire, la faculté d'exercer son droit sur la généralité des immeubles du débiteur, la loi a voulu pourvoir aux intérêts du créancier et empêcher qu'une fois assurés ils ne tombassent en péril, il n'a pas été du moins dans son intention de paralyser inutilement ceux du débiteur et de le constituer dans une impossibilité absolue de contracter, par les entraves résultant d'une hypothèque qui embrasse la totalité de ses immeubles; qu'aussi, à côté du principe de la généralité de l'hypothèque, la loi a posé l'exception de l'art. 2161 qui assujettit tout créancier ayant droit à prendre inscription sur tous les biens présents et à venir du débiteur à *subir l'action en réduction ou en radiation* d'une partie des inscriptions, en ce qui excède la proportion convenable; que ni l'art. 2144, ni aucun autre texte n'énonce que, dans le cas où la femme refuserait son consentement, le mari n'aurait aucun droit d'exercer l'action en réduction; que si tel eût été le vœu de la loi, elle se serait expliquée d'une manière précise, ne donnant lieu à aucun doute, et avec d'autant plus de raison qu'elle eût introduit par là une exception notable au principe général de l'art. 2161, qui ouvre l'action en réduction.

Nous contestons, pour notre part, cette théorie, dont le principe même est, à nos yeux, ce qu'il y a de moins acceptable. Elle suppose que la loi a placé dans l'art. 2161 une règle générale dans laquelle viendraient se ranger les dispositions des art. 2143 et 2144. Or c'est là un point de vue essentiellement erroné. L'art. 2161 s'occupe des hypothèques générales autres que les hypothèques légales des femmes, des mineurs et des interdits, lesquelles, en ce qui concerne la réduction ou la restriction, ont leur règle spéciale dans les art. 2140 et 2141 pour le cas de réduction convenue au moment où l'hypothèque va prendre naissance, et dans les art. 2143 et 2144 pour le cas de réduction au cours de la tutelle ou du mariage. En ce sens, le Tribunal de la Seine a dit avec une exactitude parfaite, dans un jugement dont la Cour de Paris a adopté les motifs, que l'art. 2161 ne dispose que pour le cas où il s'agit pour le débiteur d'obtenir de ses créanciers une réduction de l'hypothèque *purement judiciaire* (1). Et c'est de toute évidence, puisque les cas et les formes de la réduction étant réglés par les art. 2140 et suivants en ce qui concerne l'hypothèque légale, il n'y avait plus à s'en occuper dans l'art. 2161. Il ne faut donc pas dire, comme on l'a dit trop souvent, et même ceux qui sur la question actuelle soutiennent l'opinion que nous défendons ici, que ce dernier article pose la règle générale sur la question de réduction des hypothèques. Cet article lui-même est spécial comme l'art. 2144; chacun des deux articles a son objet précis et limité; l'un et l'autre ils contiennent des règles différentes pour des cas parfaitement distincts : et par conséquent il n'est pas plus permis

MM. Duranton (t. XX, n° 208), Taulier (t. VII, p. 321), Parmentier (*Rev. étr.*, t. II, p. 44), d'Hautuille (*Rev. du rég. hyp.*, p. 281), Devilleneuve et Carette (*Coll. nouv.*, t. VII, 2, 201).

(1) Paris, 31 mai 1851 (Dev., 51, 2, 357).

d'en appeler à l'art. 2161 pour résoudre une difficulté soulevée à l'occasion de l'art. 2144, qu'il ne serait permis, à l'inverse, d'invoquer celui-ci pour se décider sur une question née de celui-là.

Il faut donc se mettre en présence de l'art. 2144 pour la solution de la question proposée et ne pas chercher au delà. Or cet article dit expressément que la réduction de l'hypothèque légale pourra être demandée par le mari du *consentement de la femme*. Il n'y a pas à équivoquer là-dessus; il est évident, par le texte, que le consentement de la femme est l'une des conditions nécessaires d'une demande qui ne pourra pas être formée, ou, dans tous les cas, qui ne devra pas réussir sans cela. Ainsi dispose la loi; et vraiment elle ne pouvait pas disposer autrement. Quel est, après tout, le droit de la femme, son droit tel qu'il est consacré par la loi? Il est dans cette hypothèque que la loi lui a donnée, et dont l'une des prérogatives est la généralité. Qu'elle puisse renoncer à cette prérogative suivant les formes établies par la loi, qu'elle puisse ramener aux conditions de la spécialité une hypothèque générale de sa nature, cela se conçoit, puisque de droit commun chacun peut renoncer à un droit introduit en sa faveur; mais ce qu'il n'est pas possible d'admettre, parce que cela est contraire à la raison même des choses, c'est que cette prérogative accordée par la loi à la femme puisse lui être enlevée malgré elle, et contre sa volonté très-positive et très-expresse de la conserver. En d'autres termes, la spécialisation de l'hypothèque légale de la femme, dans tous les cas où elle est autorisée, procède nécessairement de la convention; or il n'y aurait plus de convention dès que la spécialisation serait imposée à l'une des parties, et précisément à celle en faveur de laquelle la généralité de l'hypothèque a été établie. Donc, il faut bien admettre que la femme doit consentir et qu'à défaut d'un consentement libre de sa part, la réduction de son hypothèque légale ne peut pas être obtenue ni même demandée (1).

560. Malgré ces conditions, dont la réalisation est elle-même une protection, les demandes en réduction d'hypothèque par les tuteurs et les maris auraient pu être une source d'abus si le législateur ne les eût entourées de précautions dont il nous reste maintenant à parler.

561. Les tuteurs ou les maris qui, n'ayant pas été dans le cas d'obtenir la réduction de l'hypothèque légale au moment où elle allait prendre naissance, veulent, au cours de la tutelle ou du mariage, demander cette réduction, doivent au préalable obtenir un avis de la famille du mineur ou de l'interdit, ou de parents de la femme réunis en assemblée de famille. D'une part, en effet, l'art. 2143 dit que la demande *devra être précédée d'un avis de famille*, et d'une autre part, l'art. 2144 exprime que le mari ne pourra demander la réduction qu'*après avoir*

(1) *Conf.* Rouen, 3 fév. 1834, 27 avr. 1844 et 11 mars 1840; Paris, 1er avr. 1848 et 31 mai 1851 (Dev., 34, 2, 584; 44, 2, 315; 46, 2, 503; 48, 2, 224; 51, 2, 357). — *Voy.* aussi, en ce sens, Rej., 9 déc. 1824. — *Junge :* MM. Tarrible (*loc. cit.*), Grenier (t. I, n° 270), Persil (art. 2144, n° 2), Dalloz (v° Hyp., p. 436, n° 20), Zachariæ (t. II, p. 188, note 16), Cubain (*Dr. des femm.*, n° 554), Troplong (n° 641).

pris l'avis des quatre plus proches parents de la femme réunis en assemblée de famille.

La loi ne précise rien, comme on le voit, sur la formation du conseil qui doit émettre son avis lorsque la demande est formée *par le tuteur;* et, dès lors, le conseil sera réuni et formé conformément aux dispositions des art. 407 et suivants du Code Napoléon. Mais lorsque la réduction est demandée par le mari, il n'en est pas de même : la loi précise nettement que l'avis doit émaner *des quatre plus* proches parents de la femme réunis en assemblée de famille. De là une question : c'est celle de savoir si, lorsque les parents les plus proches ne se trouvent pas en nombre suffisant sur les lieux, il est permis, par application de l'art. 409 du Code Napoléon, d'appeler des parents d'un degré plus éloigné, des alliés ou même des amis. La Cour de Grenoble s'est prononcée pour l'affirmative, en décidant que les parents dont parle notre art. 2144 doivent s'entendre des plus proches parents domiciliés à une distance telle que la délibération du conseil de famille puisse facilement avoir lieu, et non pas d'une manière absolue, des quatre parents les plus proches (1). Il faut dire, cependant, que la décision est contraire non-seulement à la lettre de la loi, ce qui ressort de la seule lecture du texte, mais encore à l'esprit dans lequel la loi a été rédigée, ce qui se démontre par la discussion dont elle a été précédée (2). On mettait en avant, au conseil d'Etat, les considérations présentées par l'arrêt de la Cour de Grenoble. M. Bérenger, notamment, demandait « que la loi se bornât à dire qu'on prendrait l'avis de l'assemblée de famille, sans exiger que cette assemblée fût composée de parents les plus proches, parce qu'ils pouvaient être actuellement éloignés. » M. Berlier disait, dans le même sens, « que la loi ne devait point vouloir l'impossible, et qu'il fallait ici, comme au titre des *tutelles,* entendre par *plus proches parents* les plus proches parmi ceux qui se trouveraient dans un rayon donné. » Mais le consul Cambacérès opposa « qu'il craindrait, si cet amendement était admis, que la disposition de l'article *ne dégénérât en pure formalité ; qu'alors on composerait l'assemblée de personnes indifférentes et que rien n'attacherait aux intérêts des parties.* » Et sur ces observations, l'art. 2144 fut adopté dans les termes où nous le trouvons dans le Code. Est-ce qu'il ne ressort pas de là que la pensée des rédacteurs du Code a été de s'écarter ici des dispositions des art. 407 et suivants, et de poser une règle toute spéciale au cas particulier qu'ils avaient en vue? Et n'est-il pas vrai, d'ailleurs, que cette dérogation est parfaitement justifiée, non-seulement par cette idée exprimée par Cambacérès, que l'avis demandé à la famille serait sans valeur dès qu'il pourrait émaner de personnes tout à fait indifférentes aux intérêts des parties, mais encore par cette circonstance que la situation réglée en thèse générale, par les art. 407 et suivants du Code Napoléon, se dis-

(1) Grenoble, 18 janv. 1833 (Dev., 33, 2, 457). — *Junge :* Zachariæ (t. II, p. 188, note 17).

(2) *Voy.* Fenet (t. XV, p. 378), Locré (t. XVI, p. 273).

tingue de celle que prévoit notre article, en ce qu'il n'y a pas d'inconvénient sérieux, dans celle-ci, à ce que la demande formée par le mari souffre les retards que pourrait amener la nécessité de réunir des parents actuellement éloignés? Nous croyons donc que la solution consacrée par la Cour de Grenoble ne doit pas être acceptée en principe (1), et que tout au plus y aurait-il lieu de l'admettre dans le cas où il y aurait, à raison des distances ou par d'autres motifs, une trop grande difficulté à réunir les quatre parents les plus proches. Dans ce cas, on agira prudemment en mentionnant les causes qui n'auraient pas permis de former le conseil des parents les plus proches : l'exactitude en serait ainsi aisément vérifiée si elles venaient plus tard à être contestées.

562. L'avis préalable une fois obtenu, qu'il soit favorable ou contraire à la réduction, les tuteurs ou les maris pourront former leur demande en justice. Elle sera portée devant le tribunal compétent, c'est-à-dire, à notre avis, devant le tribunal du domicile du tuteur ou du mari, et non devant celui de la situation des biens (2).

563. Elle sera présentée en la forme contentieuse, par le mari contre le procureur impérial, qui est son seul contradicteur, puisque la femme procède d'accord avec lui, le consentement de celle-ci étant nécessaire (voy. *suprà,* n° 559), et par le tuteur contre le subrogé-tuteur et le procureur impérial : la demande ne pourrait pas être présentée utilement en une autre forme. La jurisprudence a décidé en ce sens que le jugement qui prononce la réduction ou restriction de l'hypothèque légale d'un mineur sur les biens de son tuteur est nul s'il a été rendu en la forme non contentieuse, sur simple requête, hors la présence du subrogé tuteur et sans qu'il y ait été appelé, encore que, lors de la délibération du conseil de famille qui a précédé le jugement, le subrogé tuteur ait été d'avis de la réduction ou restriction (3).

564. Le jugement est rendu sur débat contradictoire, après avoir entendu le procureur impérial et contradictoirement avec lui (art. 2145). On a prétendu quelquefois que le tribunal n'aurait qu'à suivre l'avis préalable émis par la famille dans les termes ci-dessus indiqués, et même que les parties ne devraient se présenter devant lui que quand l'avis émis aurait été favorable à la réduction (4). Rien n'est moins exact que cela. Favorable ou contraire, l'avis peut être soumis au tribunal, nous l'avons dit déjà. Ajoutons maintenant que, quel que soit cet avis, le tribunal n'est nullement astreint à le suivre, car ce n'est pas ici d'un jugement d'homologation qu'il s'agit, comme dans le cas des art. 458 et 467 du Code Napoléon. Le tribunal a un droit souverain d'appréciation que rien n'enchaîne, ni l'avis des parents, ni même le consentement de la femme. Il peut donc refuser la réduction au tuteur ou au mari qui a obtenu de la

---

(1) *Voy.*, en ce sens, M. Troplong (n° 644).
(2) *Voy.*, en ce sens, M. Persil (art. 2145, n° 2).
(3) *Voy.* Bourges, 1er fév. 1831; Paris, 11 juin 1834; Cass., 3 juin 1834. — *Junge* : M. Troplong (nos 638 et 644). — *Voy.* cependant M. Rodière (*Rev. de législ.*, t. I, p. 148).
(4) *Voy.* M. Tarrible (*loc. cit.*, n° 23).

famille un avis favorable, comme il peut l'accorder à celui auquel les parents l'ont refusée. Son action est libre, en un mot, et souveraine, sauf l'appel dont son jugement peut être l'objet.

565. Du reste, cette voie de l'appel est ouverte à toutes les parties contestantes et, par conséquent, au ministère public, puisqu'il est partie principale. La Cour de Grenoble s'était d'abord prononcée en sens contraire; mais elle a réformé elle-même sa jurisprudence, et s'est rangée à la jurisprudence contraire de la Cour de cassation (1).

566. Dans le cas où le tribunal prononce la réduction de l'hypothèque à certains immeubles, les inscriptions prises sur tous les autres doivent être rayées. C'est la disposition formelle de l'art. 2145, qui reproduit en ceci la règle résultant des art. 2140 et suivants relatifs au cas de réduction convenue ou autorisée au moment où l'hypothèque légale va prendre naissance. Nous avons présenté à cet égard des observations auxquelles nous ne pouvons que nous référer (voy. *suprà,* n° 553).

SECTION II.

DES HYPOTHÈQUES JUDICIAIRES.

567. Cette section, qui continue la série des dispositions spéciales aux diverses espèces d'hypothèques (voy. *suprà,* n° 319), est consacrée à l'hypothèque *judiciaire,* classée et définie la seconde par les art. 2116 et 2117 du Code Napoléon. Ici encore, nous rencontrerons des difficultés qui, si elles ne présentent pas toute la gravité de celles que soulève l'hypothèque légale, ont cependant leur côté fort sérieux. Mais, avant de les aborder, nous nous arrêterons aussi au principe même de l'hypothèque judiciaire, et nous apprécierons les critiques dont, aussi bien et plus encore que l'hypothèque légale, elle a été l'objet.

568. L'hypothèque judiciaire a été inconnue des Romains, dont le *pignus prætorium* et le *pignus judiciale,* quoi qu'en ait dit M. Grenier (2), n'avaient rien de commun avec elle et se rapprochaient bien plutôt, comme M. Troplong en a fait la très-juste remarque (3), de la saisie immobilière ou de la saisie-exécution. Elle est une création du droit français, qui l'a instituée par un *à fortiori* en quelque sorte nécessaire, en présence de ce point de doctrine, dominant dans notre ancien droit, qu'une hypothèque générale affectant tous les biens présents et à venir du débiteur naissait de plein droit de la seule obligation prise par celui-ci devant un notaire. Ceci étant admis que l'intervention d'un notaire, imprimant à l'acte le caractère de l'authenticité, suffisait à produire l'hypothèque, comment aurait-il pu se faire que l'intervention du juge ne la produisît pas également? Aussi fut-il déclaré, d'abord en 1539 par l'ordonnance de Villers-Cotterets, que les reconnaissances de dettes opérées en justice conféreraient une hypothèque générale; et plus

(1) Grenoble, 7 avr. 1849 (Dev., 50, 2, 398; Cass., 3 déc. 1844 (Dev., 45, 1, 14). — *Voy.* cependant Grenoble, 18 janv. 1833. — *Junge :* Rouen, 16 août et 8 déc. 1843.

(2) *Voy.* M. Grenier (*Des Hyp.*, n° 192).

(3) *Voy.* M. Troplong (n° 435 *bis*). — *Junge :* M. Martou (t. II, n° 698).

tard, en 1566 par l'ordonnance de Moulins, que, « dès lors, et à l'instant de la condamnation donnée en dernier ressort, et du jour de la prononciation, il serait acquis à la partie droit d'hypothèque sur les biens du condamné pour l'effet et exécution du jugement et arrêt par lui obtenus. » Cette hypothèque a été maintenue ensuite par la loi du 9 messidor an 3, qui lui a conservé son caractère et sa physionomie (1); elle a été reprise dans le même esprit par la loi du 11 brumaire an 7 (2), qui seulement l'a ramenée aux conditions de la spécialité; enfin, elle a passé dans notre Code sous la dénomination d'*hypothèque judiciaire* (art. 2116, 2117, 2123).

569. Cette persistance de la loi n'a pas sauvé pourtant l'hypothèque judiciaire de bien des critiques que, dans ces derniers temps, il est devenu en quelque sorte de mode de lui adresser. On a dit contre elle que, créée en vue d'un état de choses dans lequel la seule authenticité des actes emportait l'hypothèque de plein droit, elle est désormais une anomalie dans un système de législation posant en principe qu'il ne suffit plus d'un acte authentique pour constituer l'hypothèque, et qu'il n'y a de constitution qu'autant que l'hypothèque est expressément convenue entre le créancier et le débiteur. On a dit ensuite que l'hypothèque ne se justifie pas en théorie, en ce que l'office de juge consiste de sa nature à déclarer les droits des parties et nullement à créer des droits nouveaux, surtout des droits susceptibles de rejaillir contre des tiers. On a dit enfin que l'hypothèque judiciaire est injuste dans son principe et funeste dans ses conséquences : injuste, en ce qu'elle est en quelque sorte le prix de la course, et que ce sont les créanciers les plus âpres, ou ceux qui, ayant des rapports plus suivis avec le débiteur, sont à portée de connaître toutes les circonstances qui peuvent influer sur sa solvabilité, qui s'assurent cette préférence au détriment d'autres créanciers que des motifs louables empêchent d'agir avec rigueur; funeste, d'abord, au point de vue général, en ce que l'hypothèque judiciaire atteint une masse considérable de biens qu'elle déprécie et frappe de discrédit; ensuite, au point de vue particulier, en ce qu'une première inscription, prise contre le débiteur, devient souvent le signal de poursuites de la part de tous ses créanciers, lesquelles, faites en temps inopportun, entraînent sa ruine personnelle.

Pour nous qui, nous l'avouons, avons envisagé notre régime hypothécaire, après étude et examen, dans une pensée très-prononcée de conservation, et qui, sans méconnaître que quelques améliorations partielles y pourraient être introduites, estimons que, pris dans son ensemble, il a grandement raison contre ses détracteurs, nous ne pouvons nous empêcher de trouver dans ces reproches les exagérations dont

(1) « *Il résulte*, en faveur du créancier, hypothèque sur les biens présents et à venir de son débiteur contre lequel il est intervenu *soit un jugement de reconnaissance d'écrit privé ou de condamnation, soit une sentence arbitrale rendue exécutoire.* » (L. du 9 mess. an 3, art. 3).

(2) « L'hypothèque existe... pour une créance consentie *par acte notarié*; pour celle résultant d'*une condamnation judiciaire...* » (L. du 11 brum. an 7, art. 3).



les idées systématiques et préconçues sont rarement exemptes. Sans doute, il y a dans les dispositions de la loi sur l'hypothèque judiciaire des points de détail qui peuvent être critiqués; nous aurons occasion de les relever dans le commentaire qui va suivre (*voy.* notamment *infrà*, nos 588 et suiv.). Mais en elle-même et en principe, l'hypothèque judiciaire, cette création de notre ancien droit, n'en doit pas moins être maintenue dans notre législation actuelle.

Elle est une anomalie, dit-on! En quoi donc? Sans doute, l'hypothèque résultant des jugements a suivi, dans notre ancien droit, l'hypothèque résultant des actes notariés, et il est vrai que les anciennes ordonnances, et, après elles, la loi du 11 brumaire an 7 (1), voyant que les actes des notaires produisaient hypothèque, n'ont pas voulu admettre que les jugements n'eussent pas le même effet. Mais parce que l'hypothèque judiciaire n'est venue qu'après l'hypothèque résultant des actes notariés, faut-il en conclure qu'elle n'a pas pu survivre à celle-ci et subsister sans elle? La loi, en définitive, a pensé que la parole du juge doit avoir plus d'autorité que celle de l'officier public, et qu'il fallait donner plus aux décisions judiciaires qu'aux constatations notariées; et, en partant de l'idée qu'on ne saurait prêter trop d'assistance à la chose jugée, elle a accordé aux jugements une sanction qu'elle a refusée aux actes des notaires. Qu'y a-t-il donc là de si anormal? et qu'y voit-on dont la raison puisse être choquée?

L'hypothèque judiciaire ne s'explique pas en théorie! Comment cela? Le droit du créancier, qui obtient jugement contre son débiteur, n'est pas dans l'hypothèque résultant de ce jugement, laquelle ne peut jamais être qu'une obligation accessoire (voy. *suprà*, n° 324); il est toujours et il continue de résider dans le contrat originaire dont le tribunal a reconnu l'existence et la validité. Il est donc absolument inexact de prétendre, parce que la loi a voulu que l'hypothèque résultât du jugement, que le juge est sorti de son office en ce qu'il a créé un droit nouveau; la vérité est que le juge a sanctionné un droit préexistant, que seulement il a rendu plus étroit ou plus étroitement obligatoire; et c'est précisément parce que l'obligation est désormais plus étroite que le législateur y ajoute une sanction ou une sûreté qu'elle n'avait pas auparavant. Est-ce que cela ne s'explique pas de soi-même? Et n'est-il pas naturel, comme le dit M. Troplong (2), que, lorsqu'une décision judiciaire est venue fortifier le contrat ou l'obligation originaire, la créance se trouve investie d'une hypothèque qu'elle n'avait pas jusque-là?...

L'hypothèque judiciaire est injuste dans son principe! Pourquoi donc, et qui aurait le droit de se plaindre? Ce n'est pas le débiteur as-

(1) M. Pougeard dit que l'anomalie prétendue existe dans la loi de brumaire aussi bien que dans le Code Napoléon (*voy.* p. 29 des explications sur son projet). C'est une méprise; en admettant que le reproche fût fondé, on ne pourrait pas, du moins, l'adresser à la loi de brumaire, qui, on vient de le voir à la note précédente, admettait l'hypothèque pour une créance consentie *par acte notarié*.

(2) *Voy.* M. Troplong (n° 435 *bis*).

surément; car, dirons-nous, avec la cour de Colmar dans ses observations sur les projets de réforme préparés en 1841, le débiteur qui ne paye pas à l'échéance ne peut se plaindre de ce qu'on met en pratique le principe que toute obligation engage la totalité des biens. Ce n'est pas non plus le créancier inscrit déjà, car il a la priorité. Sont-ce les créanciers futurs? Ils ne sauraient avoir de droits, puisqu'ils n'existent pas. Les chirographaires? Ils n'ont point pris d'hypothèque; dès lors ils ont couru volontairement toutes les chances hypothécaires; et d'ailleurs ils peuvent à leur tour user de la même faculté (1). Où donc est l'injustice?

L'hypothèque judiciaire est funeste dans ses conséquences, en ce qu'elle ruine le débiteur en le signalant aux poursuites de ses créanciers! D'autres ont dit, avec plus de raison peut-être, qu'elle est salutaire au débiteur lui-même, en ce que le créancier qui obtient la sécurité de l'hypothèque songe moins à employer le remède extrême de l'expropriation forcée ou des autres voies d'exécution (2). Quoi qu'il en soit, s'il est juste de prendre en considération l'intérêt du débiteur, il y a un autre intérêt qui est préférable encore, c'est celui du créancier. Or l'hypothèque protége cet intérêt contre bien des fraudes possibles, et notamment elle donne au créancier le moyen de s'assurer un gage que le débiteur, prévoyant la condamnation, voudrait peut-être lui soustraire en l'aliénant. N'eût-elle que cet avantage, elle devrait triompher de la critique dont elle est ici l'objet.

Enfin l'hypothèque judiciaire est funeste à un autre point de vue, en ce qu'elle entrave la propriété foncière par une masse considérable d'inscriptions! Mais voit-on bien jusqu'où va l'objection? L'hypothèque légale et l'hypothèque conventionnelle sont aussi des entraves pour la propriété foncière. Est-ce qu'on en demande la suppression? Si, à l'exemple de la Cour de Lyon, dans ses observations sur le projet du Code (3), on disait que « l'hypothèque, *en général,* est peut-être au nombre de ces institutions essentiellement vicieuses qu'il est impossible d'améliorer, et qu'il faut extirper absolument sans chercher à les régulariser, » nous comprendrions l'objection. Ce serait un retour à ce droit primitif, et, par conséquent, à cet ordre naturel auquel la même Cour faisait appel, et qu'elle signalait comme le plus propre à conserver les fortunes, à imprimer à l'agriculture et au commerce une activité convenable, à donner une sécurité plus complète à tous les créanciers qu'il ferait concourir indistinctement sur le prix des immeubles comme sur celui du mobilier de leur débiteur : et l'hypothèque judiciaire tomberait là comme partie d'un régime abandonné pour le tout. Mais maintenir ce régime et en demander la mutilation, parce que l'hypothèque qu'on en voudrait détacher affecte la propriété et y imprime un droit de préférence, c'est tomber dans une contradiction dont l'évidence est pal-

(1) Voy. *Doc. hyp.* (t. III, p. 267).
(2) *Voy.* M. Valette (p. 231). — *Junge :* Observations de la Faculté de Rennes (*Doc. hyp.*, t. III, p. 283).
(3) *Voy.* Fenet (t. IV, p. 215).

pable, puisque le propre de ce régime est précisément d'affecter la propriété et d'y imprimer ce droit de préférence.

570. Ainsi, il n'est pas une des objections soulevées contre l'hypothèque judiciaire qui ne puisse être rétorquée. Ajoutons que l'expérience fournit aussi ses enseignements dont nous pouvons à bon droit nous autoriser.

Les critiques que nous venons d'apprécier, incessamment reproduites partout et dans toutes les circonstances où il s'est agi de la réforme du régime hypothécaire, ont exercé sur les délibérations une influence plus ou moins décisive. Nous laissons à l'écart l'enquête administrative de 1841, dans laquelle on voit que des six cours et des sept facultés de droit qui se sont occupées de la question, pas une n'a demandé la suppression de l'hypothèque judiciaire, dont la plupart se bornaient à réclamer qu'elle fût modifiée dans son caractère ou restreinte dans ses effets (1); et nous venons à des discussions plus récentes.

Ces discussions se sont produites à peu près en même temps en France et en Belgique, en France où les projets de réforme ont été repris de 1849 à 1851 sans avoir pu être menés à fin, en Belgique où la réforme a fini par aboutir et s'est résumée dans la loi du 16 décembre 1851. La discussion, qui dans les deux pays avait un point de départ commun, la suppression de l'hypothèque judiciaire, a suivi cependant une marche bien différente dans l'un et dans l'autre.

En Belgique, la commission législative n'avait pas cru pouvoir arriver de plein saut à une suppression pure et simple. En conséquence, elle avait substitué à l'hypothèque judiciaire le principe des *oppositions*. Dans ce système, tout créancier porteur soit d'un jugement, soit d'un acte notarié en forme exécutoire, pour créance exigible, aurait pu former opposition au bureau des hypothèques, sur un ou plusieurs immeubles du débiteur; cette opposition, qui aurait été faite au moyen d'une inscription sur la présentation du titre exécutoire accompagné d'un bordereau contenant la désignation du créancier, celle du débiteur, et une élection de domicile pour le créancier dans le ressort du bureau, aurait eu pour effet d'enlever au débiteur la faculté soit d'aliéner, soit d'hypothéquer l'immeuble au préjudice des créanciers; et ceux-ci, tant que l'opposant n'aurait pas donné mainlevée de son inscription, auraient été tous appelés, en cas d'expropriation de l'immeuble, laquelle devait être poursuivie dans l'année de l'inscription, à partager le prix de l'adjudication au marc la livre, sauf l'exercice des priviléges et des hypothèques antérieurement inscrits (2). Mais cela même a paru une exagération à la législature, qui en ce point a rejeté le projet de la commission; et il n'est resté dans la loi du 16 décembre 1851, qui constitue aujourd'hui le régime hypothécaire de la Belgique, aucune trace de l'hypothèque judiciaire.

---

(1) Voy. *Doc. hyp.* (t. I, Introd., p. CCVII et suiv., et t. II, p. 261 et suiv.).

(2) M. Martou, partisan très-résolu de la suppression de l'hypothèque judiciaire, se prononce, cependant, en faveur de ce système des oppositions, dont il regrette vivement le rejet (*voy.* n° 700).

En France, c'est la marche inverse qui avait été suivie. Attaquée par ses adversaires qui dirigeaient contre elle les critiques connues (1), l'hypothèque judiciaire n'avait pas même trouvé à se réfugier dans le système de la loi du 11 brumaire an 7 qui en faisait une hypothèque spéciale; elle avait été tout d'abord supprimée purement et simplement. Ce fut sur de très-vives réclamations élevées du sein des tribunaux et des chambres de commerce, et sur des observations fort remarquables de la chambre des avoués de Paris, que les réformateurs se ravisèrent; et dans l'intervalle de la première à la seconde délibération, ils préparèrent un article qui organisait ce système des oppositions dont la législature de la Belgique n'avait pas voulu. Soumis à l'examen de l'Assemblée, ce système y fut adopté après une discussion des plus vives (2), et il avait été corrigé autant qu'il pouvait l'être dans les art. 2161, 2162, 2163, du projet préparé pour une troisième délibération à laquelle les événements politiques n'ont pas laissé son heure.

Mais où en sont les idées aujourd'hui dans les deux pays? En Belgique, où la suppression absolue de l'hypothèque judiciaire a rencontré à peine quelques résistances, il y a des réformateurs qui en sont à regretter leur triomphe. « Parmi ceux qui l'ont votée, dit M. Martou, il en est, paraît-il, qui, depuis la mise en vigueur de la loi, *ont des doutes sur le mérite de cette réforme, et qui vont même jusqu'à la regretter* (3). » Et en France, il est permis de penser que l'hypothèque judiciaire, qui, dans l'intervalle de la première à la deuxième délibération, avait regagné assez de terrain pour renaître en quelque sorte sous une nouvelle dénomination, aurait fait un pas de plus. Car, malgré l'introduction de ce système des *oppositions*, on se demandait encore et très-sérieusement, dans l'intervalle de la seconde à la troisième délibération, si l'invention était heureuse. « Et, ajoute M. Troplong, je dois dire qu'un parti nombreux s'était formé dans l'Assemblée, qui, frappé des inconvénients de la suppression, *se proposait, pour résoudre cette question, de rejeter le projet* (4). »

Une telle réaction n'a rien qui doive nous surprendre : nous demeurons convaincu que quiconque se pénétrera bien de l'autorité qui, dans l'intérêt de la société, doit s'attacher à la chose jugée, reconnaîtra la nécessité de maintenir cette sanction de l'hypothèque judiciaire dont nous devons maintenant aborder les détails.

2123. — L'hypothèque judiciaire résulte des jugements, soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus. Elle résulte aussi des reconnaissances ou vé-

---

(1) *Voy.* le rapport de M. Persil au nom de la commission instituée le 15 juin 1849 (p. 109 et suiv.), celui de M. Bethmont au nom du conseil d'État (p. 36 et suiv.), et celui de M. Vatimesnil au nom de la commission de l'Assemblée nationale (p. 21 et suiv.).

(2) *Voy.* le *Moniteur* de 1850 (p. 3615-3625); *id.* de 1851 (p. 537).

(3) *Voy.* M. Martou (n° 698).

(4) *Voy.* M. Troplong (5ᵉ édit., à la dernière note du n° 435 bis, *in fine*).

rifications, faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé.

Elle peut s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir, sauf aussi les modifications qui seront ci-après exprimées.

Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution.

L'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français; sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités.

2161. — Toutes les fois que les inscriptions prises par un créancier qui, d'après la loi, aurait droit d'en prendre sur les biens présents ou sur les biens à venir d'un débiteur, sans limitation convenue, seront portées sur plus de domaines différents qu'il n'est nécessaire à la sûreté des créances, l'action en réduction des inscriptions, ou en radiation d'une partie en ce qui excède la proportion convenable, est ouverte au débiteur. On y suit les règles de compétence établies dans l'art. 2159.

La disposition du présent article ne s'applique pas aux hypothèques conventionnelles.

2162. — Sont réputées excessives les inscriptions qui frappent sur plusieurs domaines, lorsque la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux excède de plus d'un tiers en fonds libres le montant des créances en capital et en accessoires légaux.

2165. — La valeur des immeubles dont la comparaison est à faire avec celle des créances et le tiers en sus, est déterminée par quinze fois la valeur du revenu déclaré par la matrice du rôle de la contribution foncière, ou indiqué par la cote de contribution sur le rôle, selon la proportion qui existe dans les communes de la situation entre cette matrice ou cette cote et le revenu, pour les immeubles non sujets à dépérissement, et dix fois cette valeur pour ceux qui y sont sujets. Pourront néanmoins les juges s'aider, en outre, des éclaircissements qui peuvent résulter des baux non suspects, des procès-verbaux d'estimation qui ont pu être dressés précédemment à des époques rapprochées, et autres actes semblables, et évaluer le revenu au taux moyen entre les résultats de ces divers renseignements.

SOMMAIRE.

I. Aperçu général. — Pourquoi nous réunissons ici les art. 2123, 2161, 2162 et 2165. — Division.

II. Sources de l'hypothèque judiciaire : — jugements rendus par les tribunaux français; — condamnations administratives et contraintes; — jugements rendus en pays étranger; — sentences arbitrales; — actes judiciaires.

III. L'hypothèque judiciaire s'accorde avec l'hypothèque légale, en ce qu'elle est générale en principe. — Conséquences et applications.

IV. L'hypothèque judiciaire diffère, au contraire, de l'hypothèque légale en ce qu'elle est sujette à l'inscription; mais l'inscription, une fois prise, s'étend aux biens à venir, à mesure des acquisitions. — A quel moment peut-elle être prise? — De ses formes : renvoi aux art. 2146 et suiv.

V. Mais l'inscription de l'hypothèque judiciaire peut être réduite et spécialisée. — En quels cas, sous quelles conditions, d'après quelles règles et sur quelles bases.

I. — 571. L'hypothèque judiciaire, de même que l'hypothèque légale, s'établit en dehors de toute manifestation de la volonté des parties, par l'autorité de la loi, qui, autant que possible, veut assurer l'exécution des décisions judiciaires. En ce sens, elle procède de la loi, non pas assurément comme l'hypothèque légale, qui a sa cause dans la loi même d'où elle découle directement, mais parce qu'elle existe indépendamment de la convention et que le législateur la consacre comme résultant, suivant l'expression de l'art. 2117, des jugements ou actes judiciaires (voy. *suprà*, n[os] 322 et 323).

Ainsi, par son origine ou par sa cause, l'hypothèque judiciaire, sans se confondre précisément avec l'hypothèque légale, y touche cependant d'assez près; de là vient qu'au point de vue des prérogatives accordées à l'une et à l'autre, il existe entre elles à la fois des rapports et des différences.

572. D'après l'art. 2117, l'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements ou actes judiciaires. Mais tous les jugements, tous les actes judiciaires, sont-ils susceptibles de conférer hypothèque? Le législateur ne l'a pas pensé : et l'on voit qu'il établit des distinctions entre les jugements des tribunaux français et ceux des tribunaux étrangers, entre les jugements proprement dits et les sentences arbitrales, les uns portant avec eux-mêmes l'hypothèque, les autres en contenant seulement le principe, qui ne peut être vivifié qu'autant qu'ils sont déclarés exécutoires ou revêtus de l'ordonnance judiciaire d'exécution.

Cependant, en aucun cas, l'hypothèque judiciaire n'existe ou ne peut être opposée aux tiers qu'autant qu'elle s'est manifestée par l'inscription. C'est en ceci qu'elle diffère de l'hypothèque légale, de celle du moins qui est attribuée aux femmes mariées et aux mineurs ou interdits. Le créancier qui obtient de la justice l'acte ou le jugement d'où découle l'hypothèque judiciaire n'est pas, vis-à-vis de son débiteur, dans l'état de subordination et de dépendance où est placé celui auquel l'hypothèque est attribuée de plein droit par la loi. Il n'y avait donc aucune raison d'étendre jusqu'à lui l'exception consacrée par l'art. 2135 en faveur de celui-ci, et de le dispenser de prendre l'inscription dont la nécessité est posée en principe par l'art. 2134.

Mais l'hypothèque judiciaire s'accorde au contraire avec l'hypothèque légale, en ce que, comme celle-ci, elle se produit en dehors de toute manifestation de la volonté des parties. En effet, elle résulte *de plein droit* de tous jugements ou actes judiciaires susceptibles de la conférer. De là un autre rapport de l'hypothèque judiciaire avec l'hypothèque lé-

gale : c'est qu'elle n'est pas soumise non plus au principe de la *spécialité*. La loi, comme on l'a vu plus haut (n° 323), n'applique ce principe qu'aux hypothèques dont la cause est dans la convention des parties. L'hypothèque judiciaire, n'étant pas dans ce cas, devait, en principe du moins, être générale et indéterminée. Et en effet, l'art. 2123 la met, sous ce rapport, au même rang que l'hypothèque légale, en lui donnant aussi cette prérogative de la généralité.

C'est par ce côté surtout que l'hypothèque judiciaire a été attaquée, non-seulement par ceux qui en ont demandé la suppression, mais encore par beaucoup d'autres, qui, moins radicaux, ont bien admis l'hypothèque en principe, mais en auraient voulu restreindre l'étendue et les effets. Toutefois nous verrons bientôt (*infrà*, n° 594) que, même à cet égard, il y avait quelque imprévoyance dans les critiques, et que, l'hypothèque étant maintenue en principe, elle devait subsister avec son caractère de généralité.

Au surplus, cette généralité de l'hypothèque judiciaire, si elle est un mal nécessaire, n'est pas cependant toujours sans remède; la loi, continuant l'assimilation qu'elle a établie, sous ce rapport, entre l'hypothèque judiciaire et l'hypothèque légale, a permis que cette hypothèque pût aussi, en certains cas, être ramenée à la *spécialité;* c'est ce que fait pressentir l'art. 2123 lui-même, lorsque, après avoir dit que l'hypothèque s'exercera sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir, il ajoute : « sauf les modifications ci-après exprimées; » et c'est ce qu'établissent les art. 2161, 2162 et 2165, qui, précisant ces modifications, font pour l'hypothèque judiciaire ce que les art. 2140 et suivants ont fait pour l'hypothèque légale de la femme, des mineurs ou interdits.

On a prétendu souvent que cet art. 2161 pose la règle générale et contient le principe même en ce qui concerne la réduction des hypothèques, dans tous les cas où elles sont excessives eu égard aux créances dont elles ont pour objet d'assurer le payement (1). Mais, nous l'avons dit plus haut (voy. *suprà*, n° 559), et nous y reviendrons encore (voy. *infrà*, n° 600), cet article contient la règle spéciale à l'hypothèque judiciaire, comme les art. 2140 et suivants contiennent la règle spéciale à l'hypothèque légale de la femme mariée, du mineur et de l'interdit : et voilà pourquoi nous réunissons ici à l'art. 2123, le seul dont se compose la section du Code relative à l'hypothèque judiciaire, d'abord cet art. 2161, et ensuite les art. 2162 et 2165, qui en complètent la pensée.

Après cet aperçu général sur le système de la loi en ce qui concerne l'hypothèque judiciaire, nous en pouvons aborder les détails; nous allons donc nous occuper successivement des sources de l'hypothèque judiciaire, de la généralité qu'elle comporte en principe, des modifications qui peuvent être faites à la généralité, et des conditions auxquelles l'hypothèque peut être opposée aux tiers.

(1) *Voy.* M. Troplong (n° 747).

II. — 573. Les sources de l'hypothèque judiciaire ont été indiquées d'une manière générale dans l'art. 2117, aux termes duquel cette hypothèque découle des *jugements* ou *actes judiciaires*. Notre art. 2123 vient limiter la portée de cette disposition générale, peut-être sans la précision désirable. Il exprime d'abord, par voie de disposition directe et impérative, que l'hypothèque judiciaire résulte 1° des jugements, soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus; et 2° des reconnaissances ou vérifications, faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé. Il ajoute ensuite, par voie de disposition limitative, que les *décisions arbitrales* et les *jugements rendus en pays étrangers* n'emportent hypothèque, les unes qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution, et les autres qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français, sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités. — Ainsi, nous avons à parler ici des jugements rendus, soit par les tribunaux français, soit par les tribunaux étrangers, des sentences arbitrales, et des actes judiciaires, considérés comme sources de l'hypothèque judiciaire.

574. Les jugements émanés des tribunaux français engendrent l'hypothèque; notre article le dit positivement. Mais il n'indique rien et s'abstient de toute définition en ce qui concerne le caractère des décisions auxquelles il attache l'hypothèque. On y voit que l'hypothèque résulte des jugements, soit *contradictoires,* soit *par défaut, définitifs ou provisoires;* toutefois ces indications, toutes relatives à la forme des jugements, ne précisent rien quant à la nature des condamnations d'où l'hypothèque peut résulter.

De là une difficulté grave dans la pratique. On s'est demandé s'il faut, pour que l'hypothèque puisse résulter du jugement, que la condamnation prononcée soit liquide et déterminée, ou s'il ne suffit pas que le jugement renferme le germe d'une créance ou pose le principe d'un droit éventuel et indéterminé quant à présent, mais susceptible d'être déterminé plus tard avec précision. Dans les anciens principes, consacrés par l'ordonnance de Moulins, et même dans ceux de la loi du 11 brumaire an 7, la difficulté n'aurait pas pu être élevée; car l'hypothèque n'était accordée que pour les *créances résultant de condamnations judiciaires,* d'où suivait que tant que la partie condamnée n'était pas déclarée débitrice, ses biens n'étaient pas grevés, en vertu du jugement, au profit de celui qui l'avait obtenu. Si les rédacteurs du Code ont eu la pensée de suivre la tradition en ce point, on ne saurait le dire, car la discussion de la loi ne fournit aucune lumière sur ce point. Toujours est-il qu'ils ne l'ont pas exprimée, et qu'au contraire ils se sont servis de termes qui, par leur généralité, permettent de penser qu'ils ont voulu élargir le cercle dans lequel étaient renfermées les décisions judiciaires susceptibles d'engendrer l'hypothèque. Il est regrettable, d'ailleurs, qu'ils ne s'en soient pas expliqués; mais, en tous cas, la

disposition de la loi ainsi entendue s'explique et se justifie par de très-louables motifs. Il n'y a rien que de juste, en effet, à donner au droit même éventuel ou indéterminé d'un créancier la sûreté d'une hypothèque qui lui assurera plus tard l'exercice et la réalisation de ce droit; et, comme le disait la Cour de Montpellier dans l'enquête administrative de 1841, « l'hypothèque elle-même n'est qu'une mesure conservatoire; s'il est juste de n'attacher la voie d'exécution qu'à des droits actuels et déterminés, il est naturel et logique de faire correspondre au moins des moyens de conservation à ceux dont l'existence se produit à la justice, au moins comme probables, par leurs antécédents (1). »

D'après cela, nous dirons, en principe avec la jurisprudence, que tout jugement qui impose une obligation de faire ou ne pas faire, susceptible de se résoudre en dommages-intérêts, ou qui reconnaît l'existence d'une obligation préexistante, bien qu'il ne contienne pas condamnation actuelle, confère l'hypothèque aux termes de notre art. 2123 (2). — Ainsi en est-il du jugement qui ordonne la reddition d'un compte (3); de celui qui sur les poursuites dirigées contre le père, débiteur de la dot de sa fille, lui accorde un délai pour le payement (4); de celui qui, rejetant l'opposition vague et générale formée par le débiteur contre un commandement fait en vertu d'un titre, ordonne la continuation des poursuites jusqu'à parfait payement (5); de celui qui reconnaît ou maintient l'existence d'une créance, encore que le jugement n'ait pas statué précisément sur l'existence de la créance et qu'il ait repoussé seulement l'exception de payement opposée à une créance dont l'existence était reconnue (6); etc.

575. Mais encore faut-il que le jugement, s'il ne prononce pas une condamnation actuelle, contienne au moins le germe d'une condamnation : tout jugement qui ne serait pas déclaratif d'une obligation, soit actuelle, soit future, par exemple un jugement de simple instruction, n'aurait évidemment pas pour effet de conférer hypothèque. Tel serait le jugement ordonnant une mise en cause (7), celui qui nommerait un curateur à succession vacante, ou un administrateur aux biens d'un absent (8), ou même un administrateur provisoire aux biens d'une per-

---

(1) Voy. *Doc. hyp.* (t. III, p. 270).

(2) Rej., 4 juin 1828; Montpellier, 7 janv. 1837 et 2 juin 1841 (Dev., 28, 1, 347; Dall., 38, 2, 135; 42, 2, 23; *J. P.*, 1842, t. I, p. 114).

(3) Rej., 21 août 1810 et 16 fév. 1842; Bourges, 31 mars 1830; Colmar, 26 juin 1842 (Dev., 42, 1, 714; Dall., 42, 1, 93; *J. P.*, 1842, t. I, p. 359). — *Voy.* aussi MM. Persil (art. 2123, n° 12), Grenier (t. I, n° 201), Duranton (t. XIX, n° 337), Dalloz (v° Hyp., p. 158, n° 2), Zachariæ (t. II, p. 132, note 4). — *Voy.* cependant MM. Pigeau (*Proc. civ.*, t. II, p. 398), Troplong (n° 398), Taulier (t. VII, p. 242).

(4) Bordeaux, 29 juill. 1824.

(5) Nîmes, 5 janv. 1831; Paris, 10 août 1850 (Dev., 31, 2, 96; Dall., 51, 2, 173).

(6) Rej., 20 avr. 1823 (Dev., 23, 1, 333). — *Voy.* aussi Amiens, 6 août 1841 (Dall., 44, 2, 146).

(7) Toulouse, 30 juin 1840 (Dall., 41, 2, 82).

(8) *Voy.* MM. Persil (art. 2123, n° 13), Zachariæ (t. II, p. 132, note 4), Fréminville (t. II, n° 1126), Troplong (n° 440). — *Voy.* cependant M. Dalloz (v° Hyp., p. 158, n° 2).

sonne dont l'interdiction est provoquée (1); celui qui se bornerait à déclarer mal fondée une demande en revendication d'un fonds de commerce, quand même l'inexécution du jugement pourrait être la source d'une condamnation ultérieure à des dommages-intérêts (2); celui qui, avant faire droit et sans rien préjuger, renverrait devant un arbitre rapporteur, encore bien que, par suite du rapport de l'arbitre, des condamnations seraient intervenues ultérieurement (3).

A plus forte raison en dirons-nous autant : 1° des jugements qui, intervenant sur les demandes en partage, renvoient devant notaire, *pour y être procédé aux opérations de compte, liquidation et partage* (4), formule purement de style qui n'implique en aucune façon l'idée que les parties se doivent ou même se demandent un compte; et 2° des jugements d'adjudication (5), qui ne sont, en effet, que des actes judiciaires improprement qualifiés *jugements,* puisque le juge ou les juges délégués ne rendent pas de décision; il n'en peut donc résulter une hypothèque générale sur les biens de l'adjudicataire, au profit du vendeur qui n'a que son privilége; et le cahier des charges contînt-il même une clause contraire, il n'en serait pas autrement : une telle clause ne peut changer la nature du contrat (6).

576. Dans la mesure qui vient d'être indiquée, tous les jugements emportent hypothèque, quelle que soit leur forme extérieure, fussent-ils même entachés du vice d'incompétence, et de quelque juridiction qu'ils émanent. Toutefois, ces divers points doivent être justifiés, car des difficultés plus ou moins sérieuses ont été élevées sur chacun d'eux.

577. Nous disons en premier lieu que, quelle que soit la forme extérieure des jugements, sauf, bien entendu, ceux qui ne tendent qu'à l'instruction de l'affaire (ce qui résulte et du texte de la loi et de nos observations au n° 575), ils emportent hypothèque. Ainsi en est-il des jugements provisoires ou définitifs, qu'ils aient été rendus contradictoirement ou par défaut. Le texte de notre article le dit positivement; et là-dessus il ne peut pas y avoir d'équivoque. Mais on a élevé quelques doutes, parfois, sur le point de savoir si le même effet doit être attribué aux jugements convenus entre les parties, à ceux qui dans la pratique sont qualifiés sous la dénomination de *jugements d'expédient.* Toutefois ce doute n'a pu subsister longtemps. Quoique convenues entre les parties, ces décisions, qui ne sont rendues par le juge qu'en connaissance de cause et après examen, n'ont pas moins d'autorité que les jugements

(1) *Voy.* les auteurs cités à la note précédente. Cependant le contraire a été jugé par la Cour de Paris le 12 décembre 1833 (Dev., 34, 2, 103).

(2) Rej., 17 janv. 1844 (Dall., 44, 1, 181; Dev., 44, 1, 419; *J. P.*, 1844, t. I, p. 676).

(3) Paris, 26 déc. 1844 (Dev., 45, 2, 174). *Voy.* encore Bordeaux, 26 mars 1834 (Dev., 34, 2, 186).

(4) Cass., 18 avr. 1855 (*J. P.*, 1856, t. I, p. 55; Dall., 55, 1, 258; Dev., 55, 1, 361).

(5) Limoges, 3 mars 1854 (Dall., 55, 2, 29).

(6) *Voy.* MM. Persil (art. 2123, n° 11), Grenier (t. I, n° 200), Battur (t. II, n° 324), Delvincourt (t. I, p. 158, note 7), Dalloz (v° Hyp., p. 173, n°s 9 et suiv.), Zachariæ (t. II, p. 131, note 1), Troplong (n° 441 *ter*).

rendus à la suite de contestations opiniâtres : il est donc certain que la sanction de l'hypothèque y doit aussi protéger la chose jugée (1).

578. Nous disons, en second lieu, que le jugement entaché du vice d'incompétence n'en confère pas moins hypothèque, ou tout au moins le droit de requérir une inscription que le conservateur doit faire sans pouvoir s'y refuser : ceci, bien entendu, n'infirme en aucune manière le droit qu'a de son côté la partie condamnée, si elle agit en temps utile, de faire annuler le jugement, et par suite d'exiger la radiation de l'inscription. Mais dès qu'elle laisse le jugement incompétemment rendu acquérir l'autorité de la chose jugée, elle ne peut plus soustraire ses immeubles aux effets d'une hypothèque désormais consolidée. C'était la doctrine des anciens jurisconsultes (2); c'est celle qui tend à prévaloir aujourd'hui (3).

Cependant elle n'est pas admise par tous les auteurs dans ces termes absolus; d'éminents jurisconsultes, notamment MM. Merlin et Troplong, distinguant entre le cas où l'incompétence qui affecte le jugement aurait pu être couverte par le consentement des parties à proroger la juridiction, et celui où l'incompétence serait telle que la juridiction n'aurait pas pu être prorogée, soutiennent que l'hypothèque résultera du jugement dans le premier cas seulement (4). La distinction ne nous semble pas fondée. Que le juge ait pu ou non condamner, il n'importe; si, en fait, la condamnation a été prononcée, celui qui l'a obtenue peut, en vertu du jugement, se présenter devant le conservateur et y requérir l'inscription de l'hypothèque judiciaire. Les parties intéressées aviseront ensuite; et, dans le cas d'incompétence radicale, il arrivera, comme dans tous les cas possibles d'incompétence, de deux choses l'une : ou la condamnation incompétemment prononcée sera annulée sur la demande de la partie condamnée, auquel cas l'hypothèque tombera avec la condamnation elle-même, ce qui conduira à la radiation de l'inscription; ou le jugement, qui est susceptible comme tous autres d'acquérir l'autorité de la chose jugée, deviendra irrévocable faute par la partie de l'avoir fait infirmer, auquel cas, la condamnation tenant, l'hypothèque et l'inscription qui en manifeste l'existence, tiendront également

579. Nous disons, enfin, que l'hypothèque résulte des jugements, quelle que soit la juridiction de laquelle ces jugements émanent. Ainsi, les sentences des juges de paix (5), les jugements des tribunaux de première instance en premier ou en dernier ressort, les arrêts des Cours

(1) *Voy.* Bruxelles, 9 janv. 1807 et 8 mai 1822. — *Voy.* aussi MM. Persil (art. 2123, n° 11), Merlin (*Rép.*, v° Hyp., sect. 2, § 3, art. 5, n° 2), Battur (t. II, n° 324), Rauter (*Cours de proc.*, § 161), Zachariæ (t. II, p. 131, note 1).

(2) *Voy.* Ferrières (art. 170 *De la Cout.*, § 4, au suppl.), Soulatges (*Des Hyp.*, ch. 2), d'Héricourt (*Tr. de la vente des imm.*, ch. 11, sect. 2, n° 30).

(3) *Voy.* MM. Persil (art. 2123, n° 3), Dalloz (*loc. cit.*, p. 172, n°s 5 et suiv.), Zachariæ (t. II, p. 133, note 6).

(4) *Voy.* MM. Merlin (*Rép.*, v° Hyp., sect. 2, § 2, art. 4), Troplong (n° 445).

(5) Cass., 6 janv. 1845; Toulouse, 30 avr. 1842 (Dev., 45, 1, 188; 2, 545). *Voy.* aussi Toulouse, 24 fév. 1821.

impériales, les sentences des tribunaux de commerce, toutes ces décisions de l'autorité judiciaire, qu'elles soient contradictoires ou par défaut, comme nous l'avons dit, emporteront hypothèque. Nous verrons ultérieurement, en parlant de l'inscription, ce qui adviendra de cette hypothèque, dans le cas où le jugement, étant rendu par défaut ou en premier ressort, viendrait à être réformé sur l'opposition ou sur l'appel; il s'agit uniquement ici de la naissance du droit hypothécaire, et, à cet égard, nous répétons qu'il naît du jugement de quelque juridiction qu'il émane.

580. Et ce que nous disons ici de la juridiction civile ou commerciale, il faut le dire également de la juridiction administrative. Ainsi, les ordonnances rendues en conseil d'Etat, les arrêtés des conseils de préfecture, ceux des ministres, sont susceptibles de conférer hypothèque aussi bien que les décisions émanées de l'autorité judiciaire, en tant que ces ordonnances ou arrêtés sont rendus en matière contentieuse ou qu'il en résulte une obligation quelconque, soit en faveur de l'Etat, soit en faveur d'un citoyen. Ainsi en ont décidé deux Avis du conseil d'Etat des 16 thermidor an 12 et 29 octobre 1811 (1).

581. Mais à côté des condamnations prononcées par l'autorité administrative se placent les contraintes que les préposés des diverses administrations financières ont été autorisés à décerner par de nombreuses lois spéciales pour arriver au recouvrement des sommes dues à l'Etat par les redevables : ce droit a été conféré spécialement aux préposés des douanes par la loi des 6-22 août 1791, aux préposés de l'enregistrement et des domaines par la loi des 19 août et 12 septembre 1791 (*voy*. aussi l'art. 64 de la loi du 22 frimaire an 7), aux préposés des contributions indirectes par la loi du 1er germinal an 13, etc. La question s'est élevée de savoir si ces *contraintes administratives* doivent être assimilées aux condamnations, et si, comme les condamnations, elles emporteront hypothèque judiciaire.

582. Sur ce point encore, les Avis précités du conseil d'Etat des 16 thermidor an 12 et 29 octobre 1811 ont statué en des termes qui ne paraissaient comporter aucun doute. « Considérant, est-il dit dans le premier, que les administrateurs auxquels les lois ont attribué, pour les matières qui y sont désignées, le droit de prononcer des condamnations ou de *décerner des contraintes*, sont de véritables juges, dont les actes doivent produire les mêmes effets et obtenir la même exécution que ceux des tribunaux ordinaires; — et que ces actes ne peuvent être l'objet d'aucun litige devant les tribunaux ordinaires sans troubler l'indépendance de l'autorité administrative, garantie par les constitutions de l'Empire français; — Est d'avis : 1° que les condamnations, les *contraintes* émanées des administrateurs dans les cas et pour les matières de leur compétence, emportent hypothèque, de la même manière et aux mêmes conditions que celles de l'autorité judiciaire; — 2° que,

(1) *Voy*. Locré (t. XVI, p. 443 et suiv.).

conformément aux art. 2157 et 2159 du Code civil français, la radiation non consentie des inscriptions hypothécaires faites en vertu de condamnations prononcées ou de contraintes décernées par l'autorité administrative doit être poursuivie devant les tribunaux ordinaires; mais que, si le fond du droit y est contesté, les parties doivent être renvoyées devant l'autorité administrative. » Puis le second Avis, celui du 29 octobre 1811, fixe précisément la portée de celui-ci; car, consulté sur la question de savoir s'il peut être pris inscription hypothécaire *en vertu des contraintes* que l'art. 32 de la loi du 22 août 1791 autorise *l'administration des douanes* à décerner, le Conseil d'Etat se borne à viser l'Avis du 16 thermidor an 12 (approuvé le 25), dont il rappelle les motifs; puis il ajoute : « Considérant que la question proposée par le ministre *est décidée par l'Avis précité;* mais que cet Avis n'a point été inséré au Bulletin des lois, et qu'il est nécessaire de lui donner la publicité légale, afin que les parties intéressées en aient connaissance, — Est d'avis que des ordres soient donnés pour que l'Avis du Conseil, approuvé le 25 thermidor an 12, soit inséré au Bulletin des lois (1). » Il résulte nettement de ces textes rapprochés, d'une part, qu'il y a dans le premier Avis une solution générale applicable dans tous les cas où des lois spéciales accordent aux préposés des diverses administrations financières le droit de prononcer des condamnations ou de décerner des contraintes, et, d'une autre part, qu'au point de vue de l'hypothèque judiciaire, les *contraintes* sont placées sur la même ligne que les condamnations, puisque la question soumise au Conseil était précisément de savoir si l'inscription hypothécaire pouvait être prise en vertu d'une *contrainte*.

Cependant, malgré les dispositions positives de ces Avis qui, par leur insertion au Bulletin des lois, ont acquis l'autorité d'une interprétation législative, la doctrine et la jurisprudence présentent la plus grande contrariété de vues sur l'effet qui doit s'attacher aux contraintes des préposés des diverses administrations financières auxquels des lois spéciales ont accordé le droit d'en décerner. D'un côté, la Cour de Lyon décide que l'Avis du conseil d'Etat est applicable aux contraintes décernées *par l'administration des contributions indirectes,* et, en conséquence, qu'une inscription peut être prise en vertu de telles contraintes sur les biens des redevables (2). D'un autre côté, la Cour de cassation décide, au contraire, que les contraintes décernées *par la régie de l'enregistrement* n'emportent pas hypothèque, et, en conséquence, ne sont pas titre suffisant pour prendre une inscription judiciaire (3). Et cette dernière solution, récemment combattue par M. Serrigny avec une

---

(1) Les deux Avis ont été, en effet, insérés au *Bulletin des lois* à la suite l'un de l'autre. *Voy.* premier semestre de 1812, p. 282.

(2) *Voy.* Lyon, 7 août 1829. — *Voy.* aussi deux décisions ministérielles des 14 et 20 avril 1813, MM. Championnière et Rigaud (*Traité des droits d'enregistrem.*, t. IV, n° 4016).

(3) *Voy.* Rej., 28 janv. 1828.

grande autorité de raison (1), est admise, au contraire, par un assez grand nombre d'auteurs (2).

Nous ne croyons pas, quant à nous, que cet effet juridique de l'hypothèque judiciaire puisse être refusé aux contraintes décernées par la régie de l'enregistrement plus qu'à celles qui émanent de toutes autres administrations autorisées à procéder par cette voie, et, par exemple, à celles de l'administration des douanes, dont il est question dans l'Avis du conseil d'Etat du 29 octobre 1811, ou à celles de l'administration des contributions indirectes, auxquelles se rapporte l'arrêt de la Cour de Lyon. Nous n'avons pas admis que la régie de l'enregistrement eût ce privilége auquel elle prétendait (*suprà*, n° 34), que la jurisprudence de la Cour de cassation lui avait d'abord accordé et qu'elle vient de lui refuser justement par les arrêts célèbres du 23 juin 1857, rendus sur le rapport si admirablement lumineux et si profond de M. le conseiller Laborie (3). Mais pourquoi refuserait-on à ces contraintes le bénéfice de l'hypothèque judiciaire? En définitive, la régie de l'enregistrement tient aussi d'une loi spéciale le droit de décerner des contraintes; l'art. 64 de la loi fondamentale en matière d'enregistrement (loi du 22 frimaire an 7) dispose même que « le premier acte de poursuite pour le recouvrement des droits et le payement des peines et amendes *sera une contrainte,* laquelle sera décernée par le receveur ou préposé de la régie, et sera visée et déclarée exécutoire par le juge de paix du canton où le bureau est établi. » Donc, quand le receveur ou le préposé de la régie décerne une contrainte pour le remboursement des droits d'enregistrement ou le payement des peines ou amendes, il est précisément dans le cas indiqué par l'Avis du conseil d'Etat du 16 thermidor an 12; car la contrainte émane de *préposés ou administrateurs expressément autorisés* à procéder ainsi, et agissant *pour les matières désignées dans les lois qui les y autorisent.* Comment se ferait-il alors que la contrainte n'emportât pas cette hypothèque judiciaire que l'Avis précité déclare expressément y devoir être attachée? Cet Avis n'est-il donc pas général et fait en vue des contraintes décernées par tous les administrateurs auxquels les lois attribuent le droit d'en décerner? Et si la généralité de sa disposition ne résultait pas suffisamment des termes mêmes dans lesquels elle est conçue, est-ce qu'elle ne serait pas complétement établie par l'Avis ultérieur du 29 octobre 1811? Quand un Avis a décidé expressément et en termes absolus que « les contraintes émanées des administrateurs, *dans les cas et pour les matières de leur compétence,* emportent hypothèque de la même manière et aux mêmes conditions que les condamnations de l'autorité judiciaire, » voici qu'on vient soulever la question de savoir si les contraintes de la régie des douanes emporteront hypothèque! Et quelle est la réponse faite par le Conseil

---

(1) *Voy.* M. Serrigny (*Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, t. IX, p. 554). — *Voy.* aussi M. Duranton (t. XIX, n° 334).

(2) *Voy.* MM. Valette (*Rev. du dr. franç.*, t. IV), Dalloz (v° Hyp., p. 173, n° 16), Troplong (n° 447).

(3) *Voy.* Dalloz (57, 1, 233).

d'Etat dans son second Avis? La seule évidemment qu'il y eût à faire : que la question n'est plus à résoudre, *parce qu'elle est déjà résolue par le premier Avis*. Si la difficulté eût été soulevée à l'occasion des contraintes décernées par une administration quelconque autre que celle des douanes, par celle des contributions indirectes ou par celle de l'enregistrement, la réponse eût été la même incontestablement. Il ne faut donc pas dire, comme l'a dit la Cour de cassation, que la régie de l'enregistrement ne peut pas argumenter de l'Avis du 29 octobre 1811, en ce qu'il ne dispose qu'en faveur de la régie des douanes. Cela serait vrai si le conseil d'Etat eût exprimé directement l'idée que l'hypothèque judiciaire s'attache aux contraintes décernées par la régie des douanes. Mais il n'en est pas ainsi; le texte (et ce n'est pas sans motif que nous l'avons rappelé) ne contient cela que par relation à l'Avis du 16 thermidor an 12 auquel il se réfère. Or l'administration des douanes, pas plus qu'aucune autre, n'est spécialement désignée dans ce dernier Avis; toutes celles qui tiennent de la loi la faculté ou le droit de poursuivre par voie de contrainte le remboursement des sommes dues à l'Etat y sont donc comprises; c'est ce qu'indique nettement le renvoi fait à cet Avis par celui de 1811 : et voilà pourquoi l'administration de l'enregistrement en peut argumenter aussi bien que celle des contributions indirectes, à laquelle la Cour de Lyon a très-justement reconnu le droit de le faire.

Concluons donc qu'il en est des contraintes comme des condamnations prononcées par l'autorité administrative, et que, placées sur la même ligne, elles emportent les unes et les autres hypothèque judiciaire aux termes des Avis précités des 16 thermidor an 12 et 29 octobre 1811.

583. Nous n'avons parlé dans tout ce qui précède que des décisions rendues en France. Ajoutons que des jugements sont rendus à l'étranger qui n'en émanent pas moins d'une juridiction française : telles sont les décisions de nos consuls de commerce institués par la France en pays étranger. Ce n'est pas à ces décisions que s'applique la disposition finale de notre art. 2123, bien qu'elle parle des jugements *rendus en pays étranger* pour dire qu'ils n'emportent pas hypothèque par eux-mêmes ou que l'hypothèque n'en résulte qu'à des conditions déterminées. La locution trop large de notre article trouve sa limitation dans l'art. 546 du Code de procédure, où il est dit que « les jugements rendus par les *tribunaux étrangers*, et les actes reçus par les officiers étrangers, ne seront susceptibles d'exécution en France que de la manière et dans les cas prévus par les art. 2123 et 2128 du Code Napoléon. » Dès lors les jugements rendus par les consuls français dans les pays étrangers sont des jugements d'un tribunal français emportant par eux-mêmes hypothèque judiciaire, comme ceux de nos tribunaux situés en France (1).

584. Mais que faut-il dire des jugements rendus par des tribunaux

(1) *Voy.* d'Héricourt (*De la Vente des imm.*, chap. 2, sect. 2, n° 30). — *Voy.* aussi MM. Duranton (t. XIX, n° 342), Zachariæ (t. II, p. 132, note 2), Troplong (n° 452), Persil (*Quest.*, t. I, p. 282).

vraiment étrangers? Il y a deux cas où ils produisent hypothèque France : c'est lorsqu'ils émanent de tribunaux situés dans un pay profit duquel il existe des lois politiques portant que leurs jugem auront la force exécutoire en France, ou qui ont avec la France traités attribuant cette force exécutoire à leurs jugements. La juris dence décide, en ce sens, que les jugements rendus par les tribun suisses, lorsqu'ils ont acquis l'autorité de la chose jugée, sont exé toires en France (et, par conséquent, y produisent hypothèque), vertu du traité d'alliance, du 4 vendémiaire an 12, entre la Suisse e France (1).

585. Hors de ces deux cas, réservés par notre art. 2123, les ju ments des tribunaux étrangers ne comportent pas hypothèque par e mêmes; aux termes de ce même article, l'hypothèque n'en peut résu qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français

En ceci, la loi nouvelle réforme les principes de notre ancien d consacrés par l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 (Code Michaud), il était dit : « les jugements rendus, contrats ou obligations reçu royaumes et souverainetés étrangères, pour quelque cause que ce s *n'auront aucune hypothèque ni exécution en notre dit royaume;* ai tiendront les contrats lieu de simple promesse, et nonobstant les ju ments, *nos sujets contre lesquels ils auront été rendus pourront de n veau débattre leurs droits, comme entiers, devant nos officiers.* » principes, du reste, s'étaient maintenus malgré le discrédit dans le était tombée plus tard l'ordonnance de 1629; ils sont rappelés, en ef mais par induction seulement, dans un édit de juillet 1738 et une claration du 9 avril 1747, qui, en disposant exceptionnellement « les actes publics *passés en Lorraine* et les jugements *des tribunau ce pays* emporteraient hypothèque et seraient exécutés dans l'éten du royaume, » impliquaient l'idée que la disposition de l'art. 121 l'ordonnance de 1629 tenait en ce qui concerne les actes publics et jugements passés ou rendus dans tous autres pays étrangers (2).

Ce sont ces principes que notre art. 2123 et l'art. 546 du Code procédure ont renversés en disposant que les jugements des tribun étrangers pourront être exécutés en France et emporter hypothè sous cette condition qu'*ils auront été déclarés exécutoires par un bunal français.*

586. Mais quelle est la mission du tribunal français qui doit ren exécutoire en France ce jugement étranger duquel, sous cette con tion, résultera l'hypothèque? Là-dessus il s'est élevé une controve des plus graves que nous rappellerons ici, bien que Marcadé l'ait d appréciée (*voy.* t. Ier, ~~n° 144~~ et suiv.). tom. 1. p. 106 sur l'art. 15 C.

La majorité des auteurs, dont l'opinion du reste est consacrée la jurisprudence, ont prétendu que le tribunal français doit procéd

(1) *Voy.* Rej., 28 déc. 1831; Cass., 23 juill. 1832 (Dev., 32, 1, 627 et 664). *Voy.* core là-dessus Rej., 14 juill. 1825; Grenoble, 9 janv. 1826 et 3 janv. 1829.

(2) Boullenois (*Tr. des st. réels et pers.*, t. I, p. 646), Merlin (*Quest.*, v° Jug § 14).

la révision entière de l'affaire, y statuer sur un nouveau débat engagé devant lui, sans quoi le jugement étranger ne pourrait être exécuté en France, ni par conséquent y conférer hypothèque (1). D'autres ont soutenu qu'il s'agit uniquement pour le tribunal français d'apposer son *visa* sur le jugement du tribunal étranger, et de le revêtir d'une ordonnance d'exécution qui ne diffère de celle qui est donnée pour rendre exécutoire une sentence arbitrale qu'en ce qu'elle émane du tribunal au lieu d'être donnée par le président seul (2). D'autres enfin, procédant par distinction, disent que si le jugement étranger a été rendu entre étrangers ou au profit d'un Français contre un étranger, le tribunal français n'a qu'à lui donner son *visa* et à le revêtir d'une simple ordonnance d'exécution; mais que si le jugement étranger a été rendu au profit d'un étranger contre un Français, le tribunal français devra reviser l'affaire en son entier et y statuer sur un nouveau débat, pour qu'une inscription hypothécaire puisse être prise contre la partie condamnée (3).

Nous sommes sur ce point de l'avis de Marcadé. Nous écartons tout d'abord l'opinion intermédiaire dont nous venons de parler. Elle était dominante dans l'ancienne jurisprudence; et elle pouvait alors s'autoriser du texte même de l'ordonnance de 1629, dans laquelle, en effet, le privilége de débattre l'affaire devant les officiers français est donné *aux sujets du roi* contre lesquels le jugement avait été rendu en pays étranger. C'est ce qu'expliquait l'avocat général Séguier à l'audience du Parlement de Paris, le 16 avril 1777, lorsqu'il disait: « Les jugements rendus en pays étranger contre un Français en faveur d'un étranger n'ont pas d'exécution en France; le Français peut, de nouveau, discuter l'affaire et la soumettre à ses juges nationaux. Mais les jugements rendus entre deux étrangers, en pays étranger, peuvent être mis à exécution, en France, avec la simple permission du juge, parce que l'ordonnance qui défend l'exécution des jugements étrangers en France n'a établi ce privilége qu'en faveur des Français (4). » Mais aujourd'hui, nous sommes en présence de dispositions écrites à un point de vue tout à fait diffé-

---

(1) Poitiers, 8 prair. an 13; Colmar, 13 janv. 1815; Paris, 27 août 1816; Rej., 19 avr. 1819; Rennes, 28 mai 1819; Toulouse, 27 déc. 1819; Montpellier, 8 mars 1822; Grenoble, 3 janv. 1820; Douai, 3 janv. 1845; Bordeaux, 6 août 1847 (Dev., 45, 2, 513; 48, 2, 153; *J. P.*, 1848, t. I, p. 343). — *Voy.* aussi MM. Merlin (*loc. cit.*, n° 2), Delvincourt (t. II, p. 202), Toullier (t. X, n° 85), Persil (art. 2123), Pardessus (*Droit comm.*; n° 1488), Zachariæ (*Introd.*, § 32), Rauter (*C. de proc. civ.*, n° 157), Rodière (*Pr. civ.*, t. III; p. 44), Grenier (t. I, n° 207), Aubry (*Rev. étrang.*, t. III, p. 165), Boncenne (*Pr. civ.*, t. III, p. 222), Troplong (n° 451), Fréminville (*Org. et comp. des C. d'app.*, t. I, n° 298), Taulier (t. VII, p. 248). — *Voy.* aussi les Observations de la Faculté de Caen dans l'enquête de 1841 (*Doc. hyp.*, t. III, p. 275).

(2) *Voy.* MM. Pigeau (*Proc.*, part. 5, tit. 3), Fœlix (*Dr. int. priv.*, liv. 2, tit. 7, sect. 2, § 2), Massé (*Dr. comm.*, t. II, n° 305).

(3) Req., 7 janv. 1806; Paris, 13 mai 1820. — *Voy.* aussi MM. Duranton (t. XIX, n° 342), Carré (*L. de la proc. civ.*, quest. 1890). — *Voy.* encore les Observations de la Faculté de Grenoble dans l'enquête administrative de 1841 (*Doc. hyp.*, t. III, p. 277).

(4) *Voy.*, dans ce sens, Boullenois (*loc. cit.*, t. I, p. 600), Rousseau de Lacombe (v° Hyp., sect. 2, n° 5).

rent; or ces dispositions sont conçues en termes généraux et absolus; ils ne comportent donc aucune distinction. Et il est très-évident que le jugement étranger, soit qu'il ait été rendu contre un Français en faveur d'un étranger, soit qu'il ait été rendu, au contraire, au profit d'un Français contre un étranger, ou entre étrangers, ne peut être exécuté en France que sous cette condition déterminée, la même dans tous les cas, d'être déclaré exécutoire par un tribunal français (1).

Mais comment sera-t-il déclaré exécutoire? Sera-ce par un simple *visa*, un *pareatis*, une *ordonnance d'exécution?* Sera-ce sur une révision entière de l'affaire après examen et discussion? Nous disons, comme Marcadé, qu'il ne s'agit ici ni d'un simple visa ni d'une véritable révision. Ce n'est pas d'un visa qu'il peut être question, car s'il en était autrement, à quoi bon demander l'intervention d'un tribunal français pour rendre exécutoire le jugement étranger? et n'aurait-il pas suffi d'une ordonnance d'exécution donnée par le président seul, comme lorsqu'il s'agit de rendre exécutoire une sentence arbitrale? — D'un autre côté, il n'est pas question non plus d'une révision entière et sur un nouveau débat, car s'il en était autrement, il faudrait dire que les juges français ont, par rapport au jugement étranger, le même pouvoir que les juges d'appel par rapport au jugement de première instance attaqué devant eux, le pouvoir par conséquent de substituer leur décision à celle des premiers juges; et il en résulterait que ce qui serait exécutoire en France ce serait *leur propre décision,* contrairement au texte très-positif de notre article et à celui de l'art. 546 du Code de procédure, d'après lesquels c'est le *jugement étranger* qui doit être déclaré exécutoire sous la condition déterminée (2).

De quoi s'agit-il donc? D'une appréciation du jugement étranger dans ses rapports avec les principes généraux de notre législation française, avec nos usages, avec nos mœurs, avec nos règles sur l'exécution des jugements, toutes choses que des magistrats étrangers peuvent ne pas connaître, et que les tribunaux français sont en mesure d'apprécier. Le tribunal français aura donc à examiner si le jugement étranger dont il lui est demandé d'autoriser l'exécution ne blesse pas les principes que nous considérons comme d'ordre public en France; ils en autoriseront l'exécution s'il est conforme à ces principes; ils la refuseront s'il leur est contraire, comme cela a été expressément jugé par la Cour de Paris (3). Cette appréciation soulèvera parfois les diffi-

(1) *Voy.*, en ce sens, Paris, 27 août 1816; Rej., 19 avr. 1819.

(2) Dans l'enquête administrative de 1841, la Cour de Grenoble demandait que la loi fût modifiée en ce sens, et qu'il y fût dit que « lorsqu'un jugement rendu en pays étranger serait déclaré exécutoire par jugement d'un tribunal français, l'hypothèque ne résulterait *que de ce dernier jugement.* » La Cour reconnaissait que notre art. 2123 fait dériver l'hypothèque du jugement déclaré exécutoire, et c'est en cela qu'elle en critiquait la disposition, parce que, disait-elle, l'hypothèque sur des immeubles situés en France ne peut émaner que d'un acte de l'autorité française (voy. *Doc. hyp.*, t. III, p. 268).

(3) Paris, 20 nov. 1848 (Dev., 49, 2, 11). *Voy.* aussi Rej., 14 juill. 1825; Paris, 16 janv. 1836 (Dev., 36, 2, 70).

cultés les plus délicates; voilà pourquoi le législateur a remis au tribunal entier le soin de le faire : mais ce tribunal empiéterait évidemment et irait au delà des attributions qui lui sont données dans ce cas si, revenant sur la chose jugée à l'étranger, il jugeait le fond de l'affaire et statuait sur des questions que la juridiction étrangère a définitivement résolues (1).

587. L'hypothèque judiciaire peut résulter encore des sentences arbitrales; il en était de même sous l'ancien droit; mais, sous l'ancien droit comme sous le droit actuel, on a considéré que, par elle-même, la sentence des arbitres n'est qu'un acte privé qui dès lors ne pouvait conférer hypothèque sans l'attache de l'autorité publique. L'hypothèque ne résultait donc, autrefois, des sentences arbitrales qu'autant qu'elles étaient homologuées (2); et aujourd'hui, d'après notre art. 2123, elle n'en peut résulter qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution. L'ordonnance dont il est question ici est celle qui, aux termes des art. 1020 et 1021 du Code de procédure, doit être accordée par le président du tribunal au bas ou en marge de la minute, sans qu'il soit besoin d'en communiquer au ministère public. Jusqu'à cette ordonnance, la sentence arbitrale, qui n'est pas susceptible d'être exécutée, ne peut pas non plus conférer hypothèque et, par conséquent, le titre serait insuffisant pour requérir inscription (3) : ceci ne peut pas faire difficulté.

Mais s'il s'agit d'une sentence arbitrale rendue en pays étranger, on peut concevoir quelques doutes qui naissent de ce que la loi, comme on vient de le voir, prescrit, pour que les jugements étrangers soient exécutoires en France, un moyen différent de celui qu'indiquent les art. 1020 et 1021 du Code de procédure. Cependant on admet généralement que ce moyen n'est exigé que pour la mise à exécution en France de la décision rendue en pays étranger par des juges étrangers revêtus d'une autorité publique, et, dès lors, que l'emploi n'en est pas nécessaire lorsqu'il s'agit de donner à une sentence arbitrale rendue à l'étranger la force obligatoire en France. Le juge arbitre, dit-on avec raison, est du choix des parties; c'est comme l'homme auquel elles ont donné leur confiance, et non comme homme revêtu de l'autorité publique, qu'il a prononcé; sa décision ne peut donc pas être rangée dans la classe des jugements proprement dits, et dès lors il suffit, lorsqu'il s'agit de la mettre à exécution en France, de demander le *pareatis* de la justice en la forme spéciale suivant laquelle les sentences arbitrales reçoivent la force exécutoire (4).

(1) *Voy.* là-dessus MM. Boitard (*Proc. civ.*, t. II, n° 321), Demangeat (*Cond. civ. des étrang.*, p. 405 et suiv.), Nouguier (*Trib. de comm.*, t. II, p. 444), Valette, sur Proudhon (t. I, p. 159, et *Rev. du dr. franç. et étrang.*, t. VI, p. 597), Demolombe (t. I, n° 263).

(2) *Voy.* Pothier (*De l'Hyp.*, chap. 1, art. 2, n° 23), Despeisses (part. 3, sect. 3, n° 12).

(3) *Voy.* Req., 25 prair. an 11.

(4) *Voy.* Paris, 16 fév. 1810 et 7 janv. 1833. — *Voy.* aussi MM. Grenier (t. I, n° 213), Delvincourt (t. I, p. 203), Zachariæ (*loc. cit.*), Troplong (n° 453).

Toutefois, la jurisprudence a fait une exception qui se justifie d'elle-même : c'est dans le cas où un tribunal étranger a eu à intervenir pour donner lui-même mission au tiers arbitre de statuer sur des points que les arbitres n'ont pas touchés ou qu'ils ont omis de régler. Alors la sentence arbitrale procède d'une décision de l'autorité publique, et l'on comprend qu'elle n'ait force obligatoire en France qu'autant qu'elle y est déclarée exécutoire par le moyen et suivant la forme indiqués pour l'exécution, en France, des jugements étrangers. La Cour de cassation a justement décidé, en ce sens, que le jugement arbitral rendu en pays étranger contre un Français, par un tiers arbitre étranger, nommé par un tribunal étranger, et autorisé par ce tribunal à statuer sur des points en litige à l'égard desquels les arbitres partagés avaient omis de déclarer leur discord, ne peut être exécuté en France qu'après avoir été déclaré exécutoire par un tribunal français, comme s'il s'agissait d'un jugement étranger, le tiers arbitre étant réputé avoir agi, dans ce cas, comme délégué de la puissance publique étrangère (1).

588. Enfin, il nous reste à parler des *actes judiciaires* considérés comme source de l'hypothèque judiciaire. Tous les actes judiciaires sont-ils susceptibles de produire hypothèque? A ne considérer que les termes de l'art. 2117, il faudrait répondre affirmativement, car cet article nous dit, d'une manière toute générale, que l'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements ou *actes judiciaires*. Mais cette disposition est précisée dans notre art. 2123, qui, par le cas spécial qu'il prévoit, le cas de reconnaissance ou de vérification de signatures faite en jugement, montre clairement que les *actes judiciaires* susceptibles d'emporter hypothèque sont ceux-là seulement qui ont le caractère de jugement, comme aveux, reconnaissances, ou tous autres faits de même nature accomplis devant les juges, constatés par eux, et impliquant l'existence d'une obligation (voy. *suprà,* n° 322).

D'après cela, nous avons pu dire plus haut (*voy.* n° 575) que l'hypothèque ne résulte pas des actes, improprement appelés *jugements,* par lesquels un juge ou des juges délégués adjugent des immeubles dont la vente est faite en justice. Nous ajoutons maintenant, dans le même sens, que l'hypothèque judiciaire ne résulte pas non plus du bordereau de collocation délivré dans un ordre à un créancier chirographaire, après collocation des créanciers hypothécaires (2), à moins toutefois que, sur l'opposition de l'adjudicataire, les bordereaux soient déclarés exécutoires contre lui par jugement, auquel cas ce jugement devient le principe d'une hypothèque (3); ni de procès-verbaux de conciliation dressés par les juges de paix, encore bien que ces procès-verbaux contiennent des reconnaissances d'écrits sous seing privé, des aveux ou des

(1) Req., 16 juin 1840 (Dev., 40, 1, 583). — *Voy.* aussi Paris, 22 juin 1843 (Dev., 43, 2, 346).

(2) Grenoble, 28 mai 1831 (Dev., 32, 2, 95), Paris, 10 août 1850 (*J. P.*, 1850, t. II, p. 631). — *Conf.* MM. Duranton (t. XIX, n° 337 *bis*), Troplong (n° 442 *quater*).

(3) Bordeaux, 30 avr. 1840 (Dall., 41, 2, 15).

conventions (1); ni des actes de soumission de caution faits au greffe ou de jugements qui reçoivent la caution judiciaire, les obligations auxquelles la caution est soumise résultant de la loi et non du jugement, lequel se borne à recevoir la caution (2). — Ce sont là des actes qui, bien que *judiciaires* dans le sens absolu du mot, en ce qu'on y voit la participation de la justice ou de ses agents, ne portent pas cependant en eux le caractère de *jugements*, et, dès lors, ne rentrent pas dans la classe des actes judiciaires desquels la loi fait résulter l'hypothèque.

589. Mais le Code Napoléon en a disposé autrement en ce qui concerne les jugements de reconnaissance de signatures; il nous dit, en effet, dans notre art. 2123, que l'hypothèque résulte des reconnaissances ou vérifications faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé. D'après cela, on a décidé que le procès-verbal d'un juge de paix (procédant comme juge et non comme conciliateur, *voy*. le numéro précédent), devant qui un débiteur se présente volontairement pour reconnaître sa signature, et qui donne, au créancier présent, acte de cette reconnaissance, emporte hypothèque judiciaire (3). — Toutefois nous ferons remarquer, sur cette première application, qu'elle présente les dangers les plus sérieux, et que l'abus qu'on en peut faire et qu'on en fait tous les jours nous disposerait à en contester l'exactitude et la légitimité. Cet abus se montre surtout à la campagne, où le cultivateur, gêné dans ses affaires, est trop souvent la proie d'agents de mauvais aloi. Comme il en coûte moins cher de comparaître volontairement devant le juge de paix que de faire les frais d'un acte notarié, on le persuade aisément; il emprunte donc, il achète même par acte sous seing privé; puis on l'amène à cette comparution volontaire pour y faire une reconnaissance de signature dont on se garde bien de lui faire connaître les conséquences possibles. Que résulte-t-il de là? Deux choses manifestement contraires aux principes. — D'une part, on a interverti les juridictions; car de quoi s'agit-il, entre les parties, dans le cas proposé? Uniquement de faire constater une convention intervenue entre elles, et de faire donner le caractère de l'authenticité à cette convention qui n'est le sujet d'aucun débat, d'aucune contestation entre ceux qui l'ont faite. Or cela n'est pas du domaine de la juridiction forcée à laquelle appartient le juge de paix; c'est du do-

(1) La question a été prévue dans la discussion de la loi au conseil d'État et au Tribunat, tant sur notre art. 2123 que sur l'art. 54 du Code de procédure, et résolue en ce sens. *Voy*. Locré (t. XVI, p. 253 et 254; t. XXI, p. 252, 253, 399). — *Junge:* MM. Grenier (t. I, n° 202), Rauter (§ 168), Dalloz (v° Hyp., p. 185, n° 2), Zachariæ (t. II, p. 131, note 1).

(2) *Voy*. MM. Persil (*Quest*., t. I, p. 278), Zachariæ (*loc. cit*.), Troplong (n° 441). Nous trouvons dans le Recueil de M. Dalloz un arrêt de la Cour d'appel de Savoie, du 8 mai 1854, qui s'est prononcé en ce sens (Dall., 55, 2, 241). — *Voy*. cependant MM. Delvincourt (t. III, p. 158), Dalloz (p. 171, n° 3), Duranton (t. XIX, n° 337). — *Junge :* Metz, 27 août 1817.

(3) *Voy*. MM. Merlin (*Rép*., v° Hyp., p. 835 et suiv.), Grenier (t. I, n° 202), Troplong (n° 448). — *Voy*. cependant Cass., 22 déc. 1806 : le créancier, dans l'espèce, n'avait pas été présent pour demander acte.

maine de la juridiction volontaire; et le notaire seul, d'après la loi du 25 ventôse an 11, est compétent, dans le cas proposé, pour donner à l'acte le caractère de l'authenticité. — D'une autre part, on élude les prohibitions formelles de la loi en faisant indirectement ce qu'on ne pourrait pas faire par la voie directe. Le législateur a déclaré que la généralité, dont il fait l'un des caractères des hypothèques légale et judiciaire, ne pourrait pas être étendue à l'hypothèque conventionnelle, défendant expressément aux parties de stipuler des hypothèques générales ou des hypothèques sur des biens à venir. Or des parties qui se présentent volontairement devant le juge de paix pour y faire une déclaration convenue, et qui font dresser de cette déclaration un procès-verbal duquel résultera ensuite l'hypothèque judiciaire, tournent manifestement en cela ces prohibitions formelles de la loi : en fin de compte, elles arrivent à un jugement *convenu* d'où naît une hypothèque *générale* qui cependant, dans les principes du code, ne peut pas s'établir par la *convention*. Ces considérations nous portent à penser que lorsque le législateur a parlé des jugements de reconnaissance ou de vérification de signatures comme d'actes judiciaires susceptibles de conférer hypothèque, il a entendu que l'hypothèque ne s'attacherait à de tels jugements qu'autant qu'ils interviendraient à la suite de contestations élevées entre les parties, soit sur la convention même, soit sur telle ou telle des conditions qui la constituent, et il n'a pas voulu attacher cet effet de l'hypothèque à des jugements qui, procédant de la seule volonté des parties, ne seraient pas autre chose que l'équivalent d'une convention.

D'après cela, l'hypothèque judiciaire résultera de l'acte qui, sous forme de jugement intervenu à la suite d'un différend sur l'époque à laquelle le débiteur devrait se libérer, condamne ce dernier à payer, dans un délai déterminé, le montant d'une dette reconnue (1); et du jugement de même nature, rendu par un juge sur une matière de valeur excédant sa compétence (voy. *suprà*, n° 578), si le jugement n'est pas attaqué ou s'il est acquiescé (2).

Ce sont là des applications directes de la disposition précitée de notre art. 2123, laquelle a cru devoir accorder la sûreté spéciale de l'hypothèque à une décision qui, si elle n'est pas un jugement proprement dit, en ce qu'elle ne porte pas condamnation, en présente les caractères extérieurs, puisque les parties sont là en présence d'un tribunal devant lequel s'accomplissent des faits impliquant l'existence d'une obligation et que le tribunal constate.

Et toutefois, il s'en faut de beaucoup que cette disposition de la loi soit à l'abri de la critique : c'est en ce point particulier que le Code présente l'anomalie qu'on a si mal à propos reprochée au principe même de l'hypothèque judiciaire (*suprà*, n° 569).

---

(1) *Voy.* Toulouse, 30 août 1842; Cass., 6 janv. 1845 (Dev., 45, 1, 188; 2, 545). — *Junge :* M. Poncet (*Des Jugem.*, t. II, n°s 357 et suiv.). — *Voy.* cependant M. Solon (*Rép. adm. et jud.*, t. III, p. 337). — *Voy.* aussi M. Persil (art. 2123, n° 5).

(2) Toulouse, 24 fév. 1821. — *Voy.* aussi MM. Grenier (t. I, n° 197), Persil (art. 2123, n° 6).

En effet, cette disposition du Code est manifestement reproduite de la loi du 11 brumaire an 7, dont l'art. 3 admettait l'existence « de l'hypothèque, à la charge de l'inscription, 1°..., 2°..., 3° pour la créance résultant *d'un acte privé dont la signature aurait été reconnue ou déclarée telle par un jugement.* » Mais les rédacteurs du Code n'ont pas pris garde que le même article admettait également, comme on l'a vu plus haut (*voy.* n° 568, note 4), l'existence de l'hypothèque pour une *créance consentie par acte notarié*. En sorte que ce qui s'expliquait à merveille dans la loi de brumaire ne s'explique plus dans le Code; car le Code ayant posé en principe que désormais l'hypothèque ne résulterait pas de plein droit de l'acte notarié, qu'elle ne pourrait exister qu'à la condition d'avoir été consentie et expressément convenue, il s'ensuit qu'en maintenant l'hypothèque judiciaire comme résultant des reconnaissances, par jugement, des signatures apposées à un acte sous seing privé, il a accordé à un acte judiciaire, qui en définitive tient lieu d'acte notarié, une sûreté spéciale qu'en principe il a voulu refuser à l'acte notarié lui-même.

Ajoutons qu'à un autre point de vue, la disposition présente de très-graves inconvénients qui ont frappé le législateur lui-même, et dont quelques-uns ont été sinon complétement corrigés, au moins amoindris par une loi du 3 septembre 1807. Mais nous reviendrons là-dessus en nous occupant des conditions auxquelles l'hypothèque judiciaire peut être opposée aux tiers (voy. *infrà,* n° 597). Avant cela, nous avons, après avoir indiqué les sources de l'hypothèque, à en préciser le caractère et l'étendue.

III. — 590. L'hypothèque judiciaire a ceci de commun avec l'hypothèque légale qu'elle dérive *de plein droit* de l'acte auquel elle est attachée. Ainsi, de même que l'hypothèque légale dérive de plein droit de la loi qui la consacre indépendamment de toute convention, de même l'hypothèque judiciaire dérive de plein droit des jugements ou actes judiciaires susceptibles de la conférer. L'hypothèque résulte donc du jugement ou de l'acte judiciaire, encore qu'elle n'y soit pas déclarée ou même mentionnée. C'est un effet légal dont le créancier ne pourra pas sans doute tirer avantage sans l'accomplissement de certaines formalités (voy. *infrà,* n°s 595 et suiv.), mais qui n'en existe pas moins en principe, indépendamment de toute manifestation extérieure. Les parties elles-mêmes n'y peuvent rien changer par leurs conventions; et sous ce rapport, la Cour de Bruxelles a jugé avec une exactitude parfaite que celui qui, en jugement, se reconnaît débiteur, mais se réserve que son bien ne soit pas grevé d'hypothèque, fait une réserve inutile, le jugement qui déclare l'existence de la dette produisant nécessairement l'hypothèque judiciaire (1). Il n'y a rien de contraire à cela dans d'autres décisions plus récentes, desquelles il résulte que des arbitres peuvent donner acte aux parties de leur consentement à ce qu'aucune inscription ne soit prise sur les biens de la partie condamnée avant l'expiration

(1) *Voy.* Bruxelles, 9 janv. 1807. — *Voy.* encore Besançon, 22 juin 1809.

d'un certain délai (1). Car si les juges ou les arbitres ne peuvent pas, même du consentement des parties, détruire la sanction qui, *dans un intérêt public,* s'attache de plein droit à leurs décisions, rien du moins ne s'oppose à ce qu'ils donnent acte d'une convention qui, *dans un intérêt tout privé,* mettra celle des parties qui obtiendra la condamnation dans la nécessité, non point de perdre le droit hypothécaire résultant du jugement ou d'y renoncer, mais simplement d'en différer l'exercice pendant une période de temps convenue.

591. L'hypothèque judiciaire résultant de *plein droit* des jugements devait être *générale,* puisque le principe de la *spécialité* n'a été appliqué qu'aux hypothèques procédant de la convention (voy. *suprà,* n° 332) : notre art. 2123 nous dit, en effet, que l'hypothèque judiciaire « peut s'exercer *sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir...* » En ceci encore, l'hypothèque judiciaire est assimilée par la loi à l'hypothèque légale. Mais, sous ce rapport aussi, la loi a été vivement critiquée, non-seulement par les adversaires du principe même de l'hypothèque, mais par beaucoup de ceux qui l'acceptent comme une juste sanction réclamée par la nécessité de fortifier l'autorité de la chose jugée : sous un régime, dit-on, qui pose en principe la spécialité de l'hypothèque sur les biens présents, et n'admet d'hypothèque conventionnelle sur les biens futurs que dans un cas exceptionnel (voy. *infrà,* art. 2130, 2131), il ne faudrait pas donner plus d'étendue à l'hypothèque judiciaire, sous peine de voir l'exception préférée à la règle.

Toutefois, la critique et l'objection sont-elles bien réfléchies? Nous ne le croyons pas. On l'a dit, avec raison : si l'hypothèque devait être restreinte par le jugement, les juges, même en admettant que le débiteur possédât des biens présents suffisants, seraient trop souvent exposés à tomber dans de graves erreurs préjudiciables au créancier, surtout en présence des dispositions de la loi qui dispensent de la publicité certains droits de préférence. Ils auraient sans doute des moyens d'évaluation quant à la créance elle-même; mais en ce qui touche l'appréciation de la valeur libre du bien, il serait d'une impossibilité absolue qu'ils pussent décider en connaissance de cause; et quand bien même, pour déterminer cette valeur, on trouverait dans la loi ou dans les pièces produites une base fixe, telle que la contribution foncière, les prix de vente ou les baux, comment les juges pourraient-ils connaître la situation hypothécaire du débiteur qui peut être grevé d'hypothèques dispensées d'inscription ou de priviléges? Comment encore, ces charges de l'immeuble fussent-elles publiques, les juges pourraient-ils s'assurer qu'au moment où ils prononcent la sentence et spécialisent sur tel immeuble l'hypothèque résultant de leur jugement, un autre tribunal ne prononce pas ailleurs une condamnation entraînant elle-même une hypothèque qui grèvera spécialement les mêmes biens (2)?...

(1) Orléans, 15 fév. 1854; Req., 20 juin 1854 (Dall., 54, 1, 231).

(2) *Voy.* les Observations de la Faculté de droit de Poitiers (*Doc. hyp.*, t. III, p. 280, 281).

Il était donc raisonnable et juste que l'hypothèque judiciaire fût déclarée générale en principe comme l'hypothèque légale, pourvu que, comme celle-ci, en certains cas où le gage serait manifestement hors de proportion avec la garantie due, elle pût aussi être ramenée à la règle de la spécialité; et nous allons voir tout à l'heure que cette modification a été consacrée par la loi.

592. Ceci dit sur le principe même de la généralité, nous n'aurons pas à insister longuement sur ses applications. L'hypothèque judiciaire est générale de la même manière que l'hypothèque légale. Nous avons donc, en traitant de l'étendue de cette dernière hypothèque, indiqué et résolu bien des difficultés qui se présentent les mêmes ici et, par suite, ont déjà reçu leur solution. Ainsi, l'hypothèque judiciaire grève-t-elle les biens immeubles autres que ceux acquis par le débiteur lui-même? Subit-elle ou non les modalités dont la propriété peut être affectée aux mains de ce dernier? S'attache-t-elle, quant aux biens présents, aux immeubles dépendants d'une société dont le débiteur fait partie au moment de la condamnation? Et, quant aux biens à venir, comment agit-elle dans les cas d'échange et de réméré? etc. Sur tous ces points, nous ne pouvons que nous référer à ce qui a été dit plus haut (*voy.* nos 510, 511, 512, 514, 515, 516), d'autant plus que plusieurs des décisions que nous avons eu l'occasion d'y apprécier sont intervenues, comme nous l'avons fait remarquer, précisément à l'occasion de l'hypothèque judiciaire.

Mais voici quelques applications particulières à l'hypothèque judiciaire, et auxquelles il convient de s'arrêter.

593. On s'est demandé si la généralité de l'hypothèque résultant d'un jugement est telle que, le jugement étant prononcé contre le mari, l'hypothèque doive frapper les conquêts de la communauté et les suivre même après la dissolution de la communauté entre les mains de la femme acceptante, au lot de laquelle ils seraient échus. Il s'est produit là-dessus, entre les anciens auteurs, une controverse que nous retrouvons encore dans les écrits des auteurs modernes, bien qu'elle tende à s'effacer.

D'un côté, Pothier, dont la doctrine a été suivie de notre temps par M. Delvincourt, et un instant par M. Troplong, distinguait entre le cas où la condamnation avait été obtenue contre le mari pour une dette contractée par lui pendant la durée de la communauté et celui où la condamnation avait eu pour objet une dette antérieure au mariage. Dans le premier cas, disait-il, l'immeuble de communauté, quoique échu à la femme par le partage, n'en demeure pas moins soumis à l'hypothèque, car le mari, maître de la communauté, a pu aliéner et hypothéquer, et sa femme, en acceptant la communauté, est censée avoir participé à tout ce qu'a fait son mari; dans le second cas, l'hypothèque frappe bien tous les immeubles de la communauté tant qu'elle existe, mais la communauté une fois dissoute, l'hypothèque se restreint aux biens du mari, car par le partage le mari est censé n'avoir eu de

propriété en son nom personnel que sur la portion à lui dévolue (1).

D'un autre côté, on soutenait, au contraire, que l'hypothèque résultant du jugement prononcé contre le mari pour une de ses dettes devenue dette de la communauté s'attachait dans tous les cas aux conquêts et les suivait dans les mains de la femme, même après le partage (2). C'est aujourd'hui l'opinion dominante. M. Troplong, qui s'en était écarté dans son Commentaire sur les *Priviléges et hypothèques* (où il reproduit la distinction de Pothier et en approuve les décisions), y est revenu dans son Commentaire sur le *Contrat de mariage*. En effet, dans ce dernier ouvrage, il distingue entre le cas où il s'agit d'*une dette du mari antérieure au mariage, dette mobilière qui est entrée dans la communauté,* et celui où il s'agit d'une dette dont la communauté n'est pas tenue, soit parce qu'elle est immobilière, soit parce que les dettes n'ont pas été mises en commun par le contrat de mariage; et, dans le premier cas, le seul qui nous touche au point de vue de notre question, l'éminent jurisconsulte enseigne « que la dette est devenue la dette de la femme, puisqu'elle est dette de communauté; que, comme elle est entrée dans la communauté avec ses accessoires, il s'ensuit que l'hypothèque générale, qui l'a suivie sur les conquêts, est autant l'hypothèque de la femme que l'hypothèque du mari, et que dès lors elle est ineffaçable du lot de la femme, qui doit la prendre pour sienne. » Ainsi décide aujourd'hui la majorité des auteurs (3).

Après les observations que nous avons présentées sur la question de savoir si la femme même acceptante conserve son hypothèque sur les conquêts de la communauté, et en présence des principes sur l'autorité desquels repose notre solution (voy. *suprà,* nos 524 et suiv.), on comprend que nous ne pouvons pas hésiter à nous ranger aussi à ce dernier parti. A vrai dire même, la question se trouve virtuellement résolue en ce sens dans les observations auxquelles nous renvoyons le lecteur. La femme qui excipe de sa qualité de *créancière* vis-à-vis des créanciers avec lesquels elle est en lutte, et qui ne peut trouver que dans cette qualité le droit qu'elle a de réclamer le bénéfice de son hypothèque légale même sur les conquêts, ne saurait s'opposer à ce que ceux qui ont aussi la qualité de créanciers du mari et de la communauté la lui opposent et en excipent contre elle. C'est précisément parce que les conquêts aussi bien que les propres du mari sont la garantie des créanciers hypothécaires de la communauté que la femme y peut agir hypothécairement pour le recouvrement de ses reprises, c'est-à-dire de ce qui constitue sa créance. Les autres créanciers hypothécaires qui ont pour obligés à la fois le mari et la communauté ne font donc qu'user, pour leur propre

---

(1) Pothier (*Comm.*, nos 753 et 754). — *Junge :* Duplessis (*De la Comm.*, liv. 1, p. 408, note). — *Voy.* aussi MM. Delvincourt (t. III, p. 65) et Troplong (*Priv. et hyp.*, n° 436 *ter*).

(2) *Voy.* Bourjon (*Droit comm. de la France*, 3e part., ch. 7, n° 9), Lebrun (*Comm.*, liv. 2, ch. 3, sect. 3, n° 19).

(3) *Voy.* MM. Troplong (*Contr. de mar.*, n° 1676), Toullier (t. XIII, n° 263), Duranton (t. XIV, n° 498), Odier (*Contr. de mar.*, t. I, n° 567), Berthauld (*De l'Hyp. lég. des femm. mar.*, nos 66 et suiv.).

créance, du droit dont elle use elle-même pour la sienne, quand ils suivent même entre ses mains l'immeuble qu'une obligation préexistante du mari ou une condamnation prononcée contre lui avait grevé d'un droit réel en leur faveur. En un mot, entre la femme agissant pour le recouvrement de ses reprises et les tiers pourvus d'un droit réel agissant pour le recouvrement d'une dette dont le mari et la communauté étaient tenus envers eux, il y a une qualité commune, celle de créancier; le droit qui en résulte se résout toujours au profit de celui qui se trouve placé dans un rang où il prime l'autre.

594. On s'est demandé encore si la règle de la généralité prévaut même dans le cas où le débiteur contre lequel le jugement a été rendu avait contre lui un titre authentique exécutoire, et même quand ce titre conférait au créancier une hypothèque conventionnelle. Que le créancier qui a titre exécutoire puisse actionner son débiteur et obtenir contre lui un jugement d'où résultera l'hypothèque, cela ne peut même pas être mis en question. Il est bien vrai qu'en ce cas le créancier pourrait exécuter les biens de son débiteur, en vertu du titre seul; mais ce titre ne lui donne pas un droit de préférence. Ainsi, le jugement qu'il poursuit et qui lui conférera l'hypothèque dont l'effet est précisément de créer cette cause de préférence lui est nécessaire, et nul ne saurait lui contester le droit qu'il a de se pourvoir en justice à l'effet de l'obtenir : or le jugement une fois prononcé, il est clair que l'hypothèque en résulte de plein droit avec ce caractère de généralité qui est la prérogative qu'elle tient de la volonté du législateur.

Mais si le titre authentique confère déjà une hypothèque conventionnelle, laquelle est spéciale, le créancier envers lequel le débiteur ne se sera pas libéré retirera-t-il du jugement de condamnation qu'il aura obtenu une hypothèque générale, indépendamment de l'hypothèque spéciale que son titre lui avait conférée? Ou bien encore, si le débiteur a promis par acte sous seing privé une hypothèque sur tel ou tel immeuble déterminé avec engagement de réaliser la promesse par acte authentique, le créancier qui aura assigné le débiteur, faute par celui-ci d'avoir rempli son engagement, acquerra-t-il par le jugement de condamnation une hypothèque non-seulement sur les immeubles déterminés, mais encore sur tous les autres immeubles présents et à venir du débiteur? Ces divers points ont été soumis plusieurs fois aux tribunaux, et la solution en a été toujours la même. C'est qu'à vrai dire, il n'y a pas de doute sérieux en présence d'une disposition absolue comme celle de l'art. 2123. Cet article exprime nettement que *tous jugements*, soit contradictoires, soit par défaut, soit définitifs, soit provisoires, produisent l'hypothèque judiciaire, laquelle est *générale;* et aucun des termes de l'article n'en exclut l'application dans le cas où il existe une convention par laquelle les parties ont voulu régler leurs droits. Que ces conventions doivent subsister et faire loi entre les contractants tant qu'elles ne sont pas contestées, c'est de toute évidence. Mais si la partie qui a promis une hypothèque refuse de la donner, si celle qui s'est engagée sous une affectation hypothécaire spéciale ne s'acquitte

pas à l'échéance, et si de tout cela surgissent des contestations qui amènent les parties devant les tribunaux et qui y reçoivent une décision, la situation n'est plus la même; la décision intervenue constitue un titre nouveau qui a ses effets propres; elle constitue le titre précisément d'où résulte, par la volonté de la loi, une hypothèque générale; les conventions antérieures ne peuvent rien changer à cela : l'hypothèque générale résultera donc de ce titre et subsistera avec l'hypothèque conventionnelle qui avait été donnée, ou pourra prendre la place de celle qui avait été promise; et si la position du débiteur en est empirée, c'est sa faute: il ne peut imputer qu'à lui-même de ne s'être pas mis en mesure en se libérant à l'échéance ou en accomplissant son engagement (1).

Nous ne voulons pas dire que, dans ce cas plus que dans aucun autre d'ailleurs, l'hypothèque judiciaire devra nécessairement rester générale; elle n'est pas, sous ce rapport, de meilleure condition que l'hypothèque légale, et, comme celle-ci, elle pourra être réduite, soit conventionnellement, soit par jugement, s'il y a lieu. Mais nous reviendrons là-dessus tout à l'heure; auparavant, il faut s'occuper des conditions auxquelles l'hypothèque judiciaire peut être opposée aux tiers.

IV. — 595. Quoique résultant de plein droit des jugements, l'hypothèque judiciaire n'existe réellement que par l'inscription, en ce que sans inscription le créancier qui a obtenu jugement ne pourrait exciper de son hypothèque à l'encontre des tiers. En ceci, l'hypothèque judiciaire diffère de l'hypothèque légale de la femme, du mineur et de l'interdit. Sans doute, toutes les hypothèques sont sujettes à inscription; le principe est posé d'une manière générale dans l'art. 2134, et par conséquent pour l'hypothèque légale aussi bien que pour les hypothèques conventionnelle et judiciaire. Mais l'art. 2135 modifie le principe en faveur de la femme mariée, du mineur et de l'interdit; par une exception toute spéciale et toute favorable, il permet que leur hypothèque existe indépendamment de toute inscription. C'est qu'en effet ils sont dans un tel état de subordination et de dépendance vis-à-vis de ceux qui gèrent pour eux, et contre lesquels par conséquent ils ont besoin de leur hypothèque légale, que la protection de la loi eût été incomplète si, en même temps qu'elle leur donnait cette garantie, elle n'eût agi seule pour leur en assurer l'exercice (voy. *suprà*, nos 423 et 466). Il n'en est pas de même des créanciers dont le droit hypothécaire résulte du jugement qu'ils ont obtenu. Ceux-ci, aussi bien que ceux auxquels une hypothèque aurait été conférée par la convention, sont pleinement indépendants vis-à-vis de leur débiteur; ils peuvent agir, soit par eux-mêmes, soit, s'ils sont incapables, par la personne qui les représente, pour l'exécution du jugement qu'ils ont obtenu, ou pour la conservation de l'hypothèque qui s'y attache accessoirement; il n'y avait pas d'exception à faire en leur faveur. Le principe de l'art. 2134

(1) Rej., 4 avr. 1808, 29 avr. 1823, 20 avr. 1825; Cass., 13 déc. 1824; Nîmes, 5 janv. 1831 (Dev., 31, 2, 94). *Voy.* aussi MM. Grenier (t. I, n° 185), Troplong (n° 437 *bis*), Merlin (v° Tit. confirm.), Zachariæ (p. 135, note 12). — *Voy.* encore Paris, 22 nov. 1853 (Dall., 57, 2, 171).

subsiste donc à leur égard, et leur hypothèque n'existe à l'encontre des tiers qu'à la condition de l'inscription.

Nous n'avons pas à nous occuper ici *du mode de l'inscription;* c'est un point réglé par la loi dans un chapitre spécial qu'elle y consacre (voy. *infrà,* art. 2146 et suiv.); nous n'avons pas non plus à nous occuper de l'effet de l'inscription : cela aussi est réglé par la loi, d'une manière générale, dans l'art. 2134 (voy. *infrà,* le commentaire de cet article). Tout ce que nous avons à dire ici de l'inscription a pour objet unique de préciser l'instant où elle peut être prise par le créancier au profit duquel est intervenue la décision d'où l'hypothèque résulte.

A cet égard, il faut faire une distinction entre le cas où l'hypothèque judiciaire résulte d'un jugement proprement dit et celui où elle résulte des actes judiciaires que notre article désigne sous la qualification de reconnaissances ou vérifications, faites en jugement, des signatures apposées à un acte sous seing privé.

596. Dans l'ancienne jurisprudence et d'après l'ordonnance de 1667, tit. 35, art. 11, les jugements rendus à l'audience, nous dit Pothier (1), portaient hypothèque du jour où ils étaient prononcés; ceux rendus par défaut et ceux rendus en procès par écrit, du jour seulement où ils avaient été signifiés à procureur. L'appel qui en était interjeté, en suspendant l'effet du jugement contradictoire, suspendait aussi l'hypothèque; mais en cas de confirmation, le droit était censé acquis du jour de la sentence, et non pas seulement du jour de l'arrêt confirmatif; et en cas d'infirmation, si l'infirmation n'était que partielle, en ce sens que la condamnation fût réduite à une somme moindre, l'hypothèque était réduite proportionnellement et avait lieu également du jour du jugement, l'arrêt infirmatif l'ayant laissée debout dans la mesure des condamnations maintenues; enfin, l'opposition aux jugements par défaut agissait de la même manière que l'appel par rapport aux jugements contradictoires.

Il existe, entre l'état actuel des choses et celui que décrit Pothier, quelques différences notables. D'abord, le jugement donne bien naissance à l'hypothèque, laquelle existe en principe en vertu du jugement; en ce sens, on peut bien dire encore que le jugement emporte hypothèque par lui-même : mais, nous l'avons fait remarquer déjà, et nous y insisterons à la section suivante, cette hypothèque n'existe utilement et ne prend rang à l'égard des tiers que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur, dans la forme et de la manière indiquées par la loi (voy. *infrà,* art. 2134). La question n'est donc plus de savoir de quel jour le jugement emporte hypothèque; elle consiste plus particulièrement à décider de quel jour peut être prise l'inscription qui doit donner son efficacité à l'hypothèque. Mais ici nous ne retrouvons pas dans le Code la distinction indiquée par Pothier et reproduite de l'ordonnance de 1667 entre les jugements contradictoires et les jugements par défaut. Elle était dans le projet primitif du Code, où un

(1) *Voy.* Pothier (*De l'Hyp.*, ch. 1, art. 2, n°s 24 et 25).

article disposait que les *jugements par défaut ne* produiraient hypothèque *que du jour de leur signification;* mais cet article a été supprimé, et nous restons en présence de notre art. 2123, d'après lequel l'hypothèque judiciaire résulte des jugements, *soit contradictoires, soit par défaut,* provisoires ou définitifs, en faveur de celui qui les a obtenus. Donc, si le droit hypothécaire naît en principe du jugement lui-même, s'il naît du jugement par défaut aussi bien que du jugement contradictoire, c'est donc à dire que, dans tous les cas, l'inscription pourra être prise à partir du jugement, sans qu'il soit besoin d'attendre que la signification en ait été faite, ni même que les huit jours pendant lesquels est suspendue l'exécution des jugements non exécutoires par provision soient expirés (Code de procédure, art. 450). Il est vrai que, dans le système du Code de procédure, la signification du jugement est une formalité qui doit précéder l'exécution (art. 147 et 155); mais la solution n'a rien de contraire à ce principe en ce que l'inscription hypothécaire est un acte *purement conservatoire* et non un acte d'*exécution*. Aussi la jurisprudence et la doctrine ont-elles admis invariablement que, soit qu'elle résulte d'un jugement contradictoire (1), soit qu'elle résulte d'un jugement par défaut (2), l'hypothèque est valablement inscrite, bien que le jugement n'ait été encore ni expédié, ni enregistré, ni signifié, et même, dans ce dernier cas, avant l'expiration de la huitaine du jour de la signification.

Mais si le jugement contradictoire ou par défaut est attaqué par appel ou par opposition, le sort de l'hypothèque est réglé d'après les distinctions indiquées par Pothier. Il est clair, d'abord, que l'opposition ou l'appel ne saurait faire obstacle à ce que le créancier qui a obtenu le jugement prenne son inscription hypothécaire (3); les motifs qui déterminent la solution précédente se reproduisent ici et justifient celle-ci. Seulement, l'efficacité de l'inscription est subordonnée à l'événement.

Le jugement est-il réformé sur l'opposition ou sur l'appel, l'hypothèque s'évanouit nécessairement, et, par cela même, l'inscription qui en a manifesté l'existence est comme non-avenue; il importe toutefois que la décision réformatrice contienne une disposition qui ordonne la radiation de l'inscription, sans quoi le conservateur serait autorisé, par l'art. 2157, à refuser d'opérer la radiation, à moins que le créancier qui avait obtenu le jugement réformé y consentît.

Le jugement est-il confirmé, l'hypothèque subsiste, et avec elle sub-

---

(1) *Voy*. Cass., 29 nov. 1824; Toulouse, 27 mai 1830; Rej., 19 juin 1833 (Dev., 25, 1, 132; 31, 2, 50; 33, 1, 641). — *Voy*. aussi MM. Persil (*Quest*., t. I, p. 289, et art. 2123, n° 30), Grenier (n° 194), Delvincourt (t. III, p. 526), Merlin (v° Hyp., sect. 2, § 2, art. 3), Battur (t. II, n° 327), Duranton (t. XIX, n° 338), Troplong (n°s 443 *bis* et suiv.).

(2) *Voy*. Riom, 6 mai 1809; Rouen, 7 déc. 1812 et 27 mai 1834; Paris, 23 juill. 1840 (Dev., 34, 2, 579, et 40, 2, 420). *Voy*. aussi les auteurs cités à la note précédente. *Junge* : MM. Favard (t. V, n° 917), Chauveau, sur Carré (quest. 803). — *Voy*. cependant MM. Carré (*loc. cit.*), Pigeau (t. I, p. 113).

(3) Bordeaux, 22 août 1854 (Dall., 55, 2, 123).

siste l'inscription à la date où elle a été faite en vertu du jugement confirmé.

Enfin, le jugement n'est-il confirmé qu'en partie, l'hypothèque et l'inscription ne valent que pour la partie dans laquelle le jugement reste maintenu ; mais comme c'est en vertu de ce jugement que l'hypothèque vaut, elle subsiste à la date de l'inscription qui en a été prise (1).

597. Quant aux reconnaissances ou vérifications, en jugement, de signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé, le droit n'est plus le même, au moins depuis la loi du 3 septembre 1807, à laquelle nous avons fait allusion tout à l'heure (voy. *suprà*, n° 589). Le créancier vis-à-vis duquel son débiteur s'est engagé par acte sous seing privé peut, à l'instant même où il est possesseur de cet acte, poursuivre en reconnaissance ou vérification de signature, sans attendre que l'obligation soit échue ou même exigible. En ceci déjà, la loi est imprévoyante ; car l'hypothèque judiciaire peut, dans ce cas, n'être que le résultat d'une surprise, ou même pis encore, suivant les observations de la Faculté de Strasbourg. Ainsi, un créancier qui n'obtient pas de son débiteur une hypothèque conventionnelle que celui-ci ne voudrait pas consentir se fera souscrire une reconnaissance sous seing privé ; puis il fera surgir une contestation sur un détail quelconque, et assignera en vérification de signature ce débiteur qui, ayant agi de bonne foi, n'aurait eu jamais la pensée de nier, et qui avoue : et quand celui-ci n'aurait pas consenti à emprunter, peut-être, s'il avait dû s'engager avec affectation spéciale d'un seul de ses immeubles, voilà que, par le fait, il se trouve avoir accordé une hypothèque générale qui les atteindra tous, non-seulement ceux qu'il possède, mais encore ceux qu'il pourra acquérir ! Ainsi encore, un usurier, spéculant sur les biens qu'un jeune homme est appelé à recueillir un jour, lui ouvre sa bourse à condition que son débiteur reconnaîtra en justice la signature qu'il appose à un acte sous seing privé ; il l'appelle en justice sur une contestation simulée, et en obtient un aveu dont le tribunal lui donne acte : et voilà que l'usurier en est venu non-seulement à se procurer une sûreté que la convention n'aurait pas pu lui donner avec la même étendue, mais encore à masquer l'usure en la faisant, pour ainsi dire, consacrer par l'intervention de la justice (2) !

Or, ce n'est pas tout : ces inconvénients et ces dangers, si graves par eux-mêmes, étaient singulièrement aggravés par la jurisprudence, à laquelle, d'ailleurs, le sens apparent de la loi donnait le plus solide appui. Dans les termes de notre art. 2123, il n'y a pas à distinguer entre les jugements dont il s'agit ici et les jugements portant condamnation ; l'hypothèque judiciaire résulte de plein droit des uns et des autres indistinctement ; en sorte que l'inscription hypothécaire

(1) *Voy.* Aix, 7 fév. 1836 (Dall., 36, 2, 145). *Voy.* aussi M. Maleville (art. 2123, p. 207), Dalloz (v° Hyp., p. 173, n° 14).

(2) *Voy.* les Observations de la Faculté de droit de Strasbourg (*Doc. hyp.*, t. III, p. 284, 285).

pouvant être prise à partir du jugement qui donnait naissance à l'hypothèque, il arrivait que le souscripteur d'un acte sous seing privé pouvait être grevé d'hypothèque dans tous ses biens présents et à venir avant l'échéance ou l'exigibilité de la dette. Ainsi l'hypothèque pouvait s'attacher à ses biens quand le créancier n'avait pas même contre lui une véritable action judiciaire! Vainement on avait protesté, à l'origine, contre une exagération aussi gravement contraire aux droits du débiteur. Vainement on avait opposé une déclaration du 2 janvier 1717, qui, dans ses termes, semblait la condamner. La jurisprudence répondait que la déclaration, en défendant cette action prématurée, avait créé une exception dans l'intérêt du commerce, par suite de la faveur spéciale qui lui est due; et, se refusant à en généraliser les dispositions, elle décidait invariablement que le porteur d'un billet sous seing privé, souscrit par un particulier *non commerçant,* pouvait, *même avant* l'échéance de ce billet, non-seulement en faire reconnaître la signature, mais encore prendre, en vertu du jugement de reconnaissance, une inscription hypothécaire sur les biens de son débiteur (1).

Mais le législateur est intervenu, et il a fait ce que la jurisprudence n'avait pas cru pouvoir faire. Aux termes de l'art. 1er de la loi ci-dessus citée du 3 septembre 1807, « Lorsqu'il aura été rendu un jugement sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seing privé, formée avant l'échéance ou l'exigibilité de ladite obligation, *il ne pourra être pris aucune inscription hypothécaire en vertu de ce jugement, qu'à défaut de payement de l'obligation après son échéance ou son exigibilité,* à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire (2). » Dans ces termes, la loi reste encore avec les inconvénients et les dangers que nous avons rappelés, et, en outre, elle présente ce résultat étrange, qu'un créancier muni d'un simple acte sous seing privé est dans une position plus avantageuse qu'un autre créancier pourvu d'un acte notarié, puisque le premier, en faisant par avance vérifier son titre en justice, peut, sans avoir obtenu de condamnation proprement dite, prendre inscription dès que sa créance est devenue exigible, faculté dont le second est entièrement privé (3). Mais enfin la loi du 3 septembre 1807, en généralisant la déclaration du 2 janvier 1717, a corrigé l'abus auquel devait conduire le texte même du Code, et désormais il est établi que si le créancier peut, par anticipation, faire vérifier en justice le titre sous seing privé dont il est porteur, il ne peut pas du moins prendre inscription en vertu du jugement de reconnaissance tant que la dette n'est pas *échue* ou *devenue exigible.* D'après cela, il a été décidé avec raison que l'inscription prise par un propriétaire sur les biens de son locataire, en vertu d'un tel jugement, ne vaut que pour les termes échus, et non pour les termes à échoir (4).

Du reste, la loi de 1807 n'est pas absolue dans sa disposition; elle fait

(1) Cass., 3 fév. 1806, 17 mars 1807; Req., 15 janv. 1807.
(2) *Voy.* le texte de la loi et l'Exposé des motifs (Locré, t. XVI, p. 446 et suiv.).
(3) C'est la remarque de la Faculté de droit de Paris (*Doc. hyp.*, t. III, p. 278, 279).
(4) *Voy.* Nîmes, 23 fév. 1829 (Dev., 30, 2, 42).

une exception pour le cas où il y a entre les parties une stipulation contraire. Cette faculté aurait dû, ce nous semble, n'être pas laissée aux parties; et il n'est pas sans quelque danger de la leur avoir réservée. Mais, enfin, la loi est positive; et s'il arrive que la convention autorise l'inscription de l'hypothèque, même avant que la dette soit exigible, le créancier pourra, par exception, prendre une inscription anticipée dans ce cas.

Indépendamment de cette exception, M. Persil en signale une seconde : c'est, dit-il, lorsque le débiteur a diminué par son fait les sûretés qu'il avait données par le contrat (1). Mais cette exception n'en est pas une; le cas est même dans la règle posée par la loi. Car le débiteur qui, par son fait, a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat perd le bénéfice du terme, d'après l'art. 1188 du Code Napoléon; la dette devient donc exigible. Or la loi de 1807 déclare expressément que le créancier peut s'inscrire en vertu du jugement qu'il a obtenu, non-seulement après que la créance est *échue*, mais encore, ce qui n'est pas la même chose, quand elle est devenue *exigible*.

598. Dans tous les cas, et quelle que soit la nature du jugement d'où résulte l'hypothèque, l'inscription qui en est prise participe de la généralité qui est le caractère de l'hypothèque elle-même, et n'est limitée que par le besoin administratif d'avoir des circonscriptions hypothécaires. En d'autres termes, l'inscription frappe à l'instant même tous les biens situés dans l'arrondissement du bureau où elle est prise, et les immeubles à venir à mesure que l'acquisition en est faite par le débiteur. Le créancier n'a donc pas besoin de répéter l'inscription (au moins pour les immeubles situés dans la circonscription territoriale de la conservation où elle a eu lieu) à chaque acquisition nouvelle que fait le débiteur. Nous verrons, dans notre commentaire de l'art. 2130, qu'il en est autrement en ce qui concerne l'hypothèque *conventionnelle* des biens à venir, exceptionnellement autorisée par cet article. Mais, pour l'hypothèque judiciaire, il est admis en doctrine et en jurisprudence que, sauf le cas où le créancier limiterait lui-même l'effet de son inscription, par exemple s'il déclarait s'inscrire sur les *immeubles que son débiteur possède au moment du jugement* (2), une seule inscription frappe virtuellement tous les immeubles situés dans l'étendue du bureau, non-seulement ceux que le débiteur possède au moment du jugement, et qui sont atteints à l'instant même, mais encore ceux qu'il acquiert ultérieurement, lesquels viennent se ranger sous l'hypothèque au fur et à mesure des acquisitions (3). M. Tarrible seul a émis une opinion contraire, à l'appui de laquelle il invoquait les dispositions de la loi du 11 brumaire an 7, qui, après avoir dit dans l'art. 4 « que l'hypothèque

(1) *Voy*. M. Persil (art. 2123, n° 10).

(2) Rej., 21 nov. 1827 (Dall., 28, 1, 29).

(3) Cass., 3 août 1810; Rouen, 22 mai 1818; Metz, 23 avr. 1823; Lyon, 18 fév. 1829; Paris, 23 fév. 1835 (*voy*. Dev., 35, 2, 209; Dall., 35, 2, 163). *Voy*. aussi MM. Merlin (*Rép*., v° Inscript. hyp., § 5, n° 12), Grenier (t. I, n° 193), Persil (art. 2148, § 5, n° 3), Zachariæ (t. II, p. 165, note 1); Dalloz (*Rép*., v° Hyp., p. 186, n° 10), Troplong (n°s 436, 690, 691).



judiciaire ne peut affecter que les biens appartenant au débiteur au moment du jugement », ajoute, dans une autre disposition du même article, « que le créancier peut aussi, par *des inscriptions ultérieures*, mais sans préjudice de celles antérieures à la sienne, faire porter son hypothèque *sur les biens qui écherraient à son débiteur* (1). » Mais en supposant même que, dans le système de la loi de brumaire, cette dernière disposition ne se référât pas limitativement à celle qu'elle suit immédiatement, laquelle a pour objet l'hypothèque *légale*, et qu'elle pût être étendue à l'hypothèque *judiciaire*, ce qui est fort contestable (2), il est certain que, non-seulement le Code Napoléon n'a rien dit de semblable, mais encore qu'il a dit précisément le contraire : d'une part, nous avons notre art. 2123, où l'on voit qu'au lieu de restreindre l'hypothèque judiciaire aux immeubles que le débiteur possède au moment du jugement, le législateur l'étend sur tous les immeubles présents et à venir du débiteur; d'une autre part, nous avons l'art. 2148, où, en fixant les énonciations qui doivent être faites dans les bordereaux représentés au conservateur pour opérer l'inscription, le législateur exprime que lorsqu'il s'agit d'hypothèques légales ou *judiciaires* l'indication de l'espèce et de la situation des biens n'est pas nécessaire, une seule inscription, pour ces hypothèques, frappant, à défaut de convention, *tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau*. Il ne peut donc y avoir aucun doute sur ce point, et il faut dire que lorsque le créancier a pris, en vertu du jugement par lui obtenu, *une inscription sur les biens présents et à venir* de la partie condamnée, cette inscription s'étend à tous les immeubles que celle-ci pourra acquérir par la suite dans l'étendue du même bureau, sans que le créancier soit tenu de prendre des inscriptions successives à mesure des acquisitions.

599. Cela posé, il y a un corollaire qu'il faut indiquer : c'est qu'il en est des biens à venir atteints par l'hypothèque comme des biens présents du débiteur; ils sont frappés du jour même où l'hypothèque a été inscrite. Sans doute, le gage du créancier inscrit ne peut s'accroître de ces biens à venir qu'au fur et à mesure des acquisitions; mais à l'instant même où ces acquisitions sont faites, l'inscription s'en saisit et s'y attache rétroactivement au jour où elle a été prise. On a prétendu quelquefois que l'hypothèque ne peut se réaliser qu'au moment où les biens qu'elle affecte sont entrés dans le patrimoine du débiteur, et que toutes celles qui avaient été inscrites auparavant, n'importe à quelle date, n'ayant atteint les biens acquis qu'au même moment, au moment de l'acquisition, il y avait lieu d'admettre la concurrence, comme dans le cas de l'art. 2147, et de faire venir tous les créanciers inscrits avant l'acquisition au marc la livre. Mais la jurisprudence a toujours écarté, et avec grande raison, une prétention que la loi condamne, en effet, par les dispositions les plus précises (3). L'in-

---

(1) *Voy.* M. Tarrible (*Rép. de Merlin*, v° Inscript. hyp., § 5, n° 12).
(2) *Voy.* M. Duranton (t. XIX, n° 340).
(3) *Voy.* Lyon, 18 fév. 1829; Caen, 18 juin 1835 et 5 avr. 1850 (Dev., 29, 2, 239, 2, 63).

scription agit pour l'hypothèque judiciaire de la même manière que pour l'hypothèque conventionnelle; elle lui donne son rang du jour où elle est prise par le créancier sur les registres du conservateur dans la forme prescrite par la loi; c'est la disposition formelle de l'art. 2134. L'art. 2147, qui pose la règle de la concurrence, n'est pas contraire à cela, puisqu'il n'admet cette concurrence qu'entre *créanciers inscrits le même jour*. Il ne faut donc pas parler de cet article, et en invoquer la disposition lorsque les créanciers qui se trouvent en présence sont inscrits à des jours différents. Que reste-t-il donc? Le principe pur qu'entre créanciers la préférence est réglée par la date des inscriptions. A la vérité, les immeubles, dans notre espèce, n'étaient pas dans le patrimoine du débiteur au moment où ont été prises les inscriptions dont il s'agit de régler les effets; mais ils y sont venus, et cela suffit, car l'inscription une fois faite, le droit est par cela seul acquis au créancier qui l'a requise de profiter des acquisitions par préférence à ceux qui ne s'inscriraient qu'après lui. C'est là une conséquence toute naturelle des principes qui règlent le droit de préférence : on comprend à peine qu'elle ait pu être contestée (1).

V. — 600. Mais si l'hypothèque judiciaire est générale, et si, par suite, l'inscription qui la rend efficace prend, comme nous venons de le montrer, le même caractère de généralité, ce n'est pas à dire que l'inscription doive nécessairement rester générale et qu'en aucune circonstance elle ne puisse être réduite. Le législateur ne devait pas, sous peine d'inconséquence, traiter l'hypothèque judiciaire avec plus de faveur que l'hypothèque légale, celle qu'il tient pour la plus favorable de toutes. Et puisque celle-ci, lorsqu'elle est excessive, peut être réduite, d'après les art. 2140 et suivants ci-dessus commentés (*voy.* nos 538 et suiv.), il n'était pas possible que l'inscription de l'hypothèque judiciaire restât générale nécessairement et s'étendît à tous les biens présents et à venir du débiteur dans le même cas : aussi l'art. 2161 nous dit-il que « toutes les fois que les inscriptions prises par un créancier qui, d'après la loi, aurait droit d'en prendre sur les biens présents ou sur les biens à venir d'un débiteur, sans limitation convenue, seront portées sur plus de domaines différents qu'il n'est nécessaire à la sûreté des créances, l'action en réduction des inscriptions, ou en radiation d'une partie en ce qui excède la proportion convenable, est ouverte au débiteur. — On y suit les règles de compétence établies dans l'art. 2159. — La disposition du présent article ne s'applique pas aux hypothèques conventionnelles. »

(1) M. Berthauld, examinant la question, traitée plus haut (n° 593), de savoir si l'hypothèque judiciaire du créancier du mari dont la dette antérieure au mariage est tombée à la charge de la communauté, s'étend aux conquêts et si elle prime l'hypothèque légale de la femme, se prononce affirmativement sur ces deux points; mais, sur le second, il paraît indiquer que l'hypothèque générale sera acquise au créancier du mari *du jour où la communauté a été propriétaire,* et il en conclut qu'elle primera l'hypothèque légale de la femme (voy. *De l'Hyp. lég. de la femme,* n° 71). Nous disons, nous, que l'hypothèque judiciaire sera acquise *du jour de l'inscription;* et la conclusion déduite par M. Berthauld, quant à la question de préférence, n'en est que plus certaine.

Malgré la forme de disposition générale qu'il affecte, cet article, nous le répétons ici après l'avoir montré plus haut (*voy.* nos 559 et 572), est écrit spécialement en vue des hypothèques judiciaires. Ceci est certain à nos yeux, quoiqu'on paraisse généralement tenir le contraire. Et d'abord, l'article n'est pas fait pour les hypothèques *conventionnelles;* il le dit lui-même d'une manière expresse dans sa disposition finale. Est-il fait davantage pour les hypothèques *légales?* Il ne s'applique pas évidemment à celles de l'Etat, des communes et des établissements publics; non pas, comme le dit M. Persil (1), à cause de l'indétermination de la créance garantie par l'hypothèque, mais parce que tout ici est réglé par des lois spéciales. D'un côté, il y a le décret du 11 thermidor an 12, d'après lequel les receveurs des établissements de charité « ne peuvent consentir aucune radiation, changement ou *limitation d'inscriptions hypothécaires,* qu'en vertu d'une décision spéciale du conseil de préfecture, prise sur une proposition formelle de l'administration et l'avis du comité consultatif établi près de chaque arrondissement communal; » d'un autre côté, il y a une loi du 16 septembre 1807, relative à l'organisation de la Cour des comptes, dont l'art. 15 dispose que « la Cour prononcera sur les demandes en *réduction,* en translation d'hypothèque, formées par des comptables encore en exercice, ou par ceux hors d'exercice dont les comptes ne sont pas définitivement apurés, en exigeant les sûretés suffisantes pour la conservation des droits du trésor. » Et quant aux hypothèques légales des femmes, des mineurs et des interdits, elles sont en dehors également, par la raison toute simple (déjà indiquée, voy. *loc. cit.*) que tout ce qui concerne la réduction de ces hypothèques étant réglé par les art. 2140 et suivants, il n'y avait plus à s'en occuper dans l'art. 2161.

Restent donc les hypothèques *judiciaires;* et s'il fallait ajouter aux preuves dont nous nous sommes autorisé pour dire que l'art. 2161 se réfère à celles-ci tout particulièrement, nous en emprunterions de nouvelles à la discussion de la loi d'abord, où l'on voit que M. Grenier, en présentant au Tribunat son Rapport sur le régime hypothécaire, ne s'occupe de cet article qu'à l'occasion des hypothèques judiciaires (2); et ensuite dans le texte même de l'article, où l'on voit que le législateur parle de la réduction des *inscriptions,* expression parfaitement exacte en tant qu'il s'agit d'hypothèques *judiciaires,* lesquelles n'existent que par l'*inscription;* inexacte, au contraire, ou insuffisante s'il s'agissait des hypothèques *légales,* puisque parmi ces hypothèques il en est qui peuvent exister et n'être pas *inscrites* (3).

(1) *Voy.* M. Persil (art. 2161, n° 5). — *Junge :* M. Battur (t. IV, n° 700). — Mais *voy.* M. Dalloz (v° Hyp., p. 435, n° 19).

(2) *Voy.* Locré (t. XVI, p. 390 et 391), Fenet (t. XV, p. 407 et 408).

(3) M. Troplong, qui considère l'art. 2161 comme applicable à toutes les hypothèques générales et, par conséquent, aux hypothèques judiciaires et légales, cherche à concilier cet article avec les art. 2143 et 2144. Selon l'éminent jurisconsulte, l'art. 2161 aurait fait pour le créancier quelque chose de plus que les art. 2143 et 2144, en ce que, dans ces deux derniers articles, le législateur a eu en vue la réduction *de l'hypothèque elle-même,* la restriction *du fond du droit,* au lieu que, dans l'art. 2161, il

Notre article ainsi limité, voyons tout ce qui concerne l'action en réduction qu'il autorise.

601. D'abord, il déclare que l'action est ouverte au *débiteur*. Seul donc le débiteur peut l'exercer; et de fait, il est seul intéressé à ce que partie de ses immeubles soit dégrevée des hypothèques qui les affectent en totalité. Qui donc, indépendamment de lui, pourrait avoir intérêt à cela? Les tiers acquéreurs? Ils ont la faculté de purger, ce qui affranchira les immeubles et les fera passer libres dans leurs mains. Les créanciers? Oui, pour ceux qui agiraient dans les termes de l'art. 1166 du Code Napoléon; mais alors ils sont le débiteur lui-même, et ils peuvent demander la réduction comme lui. Quant à ceux qui agissent de leur chef, pour l'exercice de leur droit hypothécaire, que leur importe que l'un d'eux ait, sur les immeubles grevés de leurs hypothèques, une inscription excessive? En définitive, l'excès dans l'inscription ne fera pas que le créancier prenne rang autrement qu'à la date de cette inscription, ni qu'il soit colloqué pour des sommes supérieures à celles qui lui sont réellement dues. C'est donc bien le débiteur seul qui a intérêt à la réduction; c'est donc à lui seul qu'il appartient de la demander.

602. Mais rien ne l'oblige à procéder tout d'abord par la voie judiciaire : la réduction d'inscriptions excessives peut être convenue à l'amiable entre le débiteur et le créancier; et la radiation des inscriptions en ce qui excède la proportion convenue devra, dans ce cas, être effectuée, pourvu d'ailleurs que cette radiation ait été consentie par acte authentique (voy. *infrà*, art. 2158). Sans doute, il n'appartient pas aux parties de convenir entre elles que nulle hypothèque ne résultera d'un jugement qu'elles provoquent pour vider un différent existant entre elles; car l'hypothèque a été attachée aux décisions judiciaires dans un intérêt d'ordre public (*suprà*, nos 571 et 590). Mais l'ordre public n'est nullement intéressé à ce que l'hypothèque judiciaire se maintienne dans sa généralité; et la preuve en est dans notre article même qui ouvre l'action en réduction des inscriptions. La réduction peut donc être convenue à l'amiable. Il a été décidé même, et très-exactement selon nous, que l'art. 900 du Code Napoléon, d'après lequel sont réputées non écrites dans les dispositions entre-vifs ou testamentaires les conditions contraires aux lois, ne peut pas être utilement invoqué contre la clause

---

ne prévoit que la réduction *du nombre des inscriptions*, de telle sorte qu'en certains cas l'inscription peut se reproduire, si cela est nécessaire. Ainsi, ajoute M. Troplong, dans le cas de l'art. 2161, l'hypothèque subsiste toujours; seulement, elle sommeille, elle ne peut se manifester au dehors, sauf à reparaître ultérieurement, s'il y avait nécessité absolue (art. 2164 et 2161). Au contraire, dans le cas des art. 2143 et 2144, l'hypothèque est éteinte et les immeubles sont complétement affranchis. (*Des Priv. et Hyp.*, n° 747.) Nous ne croyons pas que cette explication puisse être acceptée. D'une part, les immeubles ne sont pas moins complétement affranchis, dans le cas de l'art. 2161, quand c'est l'*inscription* qui a été réduite, que dans le cas des art. 2143 et 2144, quand c'est sur l'*hypothèque* même que la réduction a porté. D'une autre part, le fond du droit sommeille de la même manière dans les deux cas, en ce sens que, dans l'un comme dans l'autre, s'il arrivait que le gage auquel le créancier a été réduit fût perdu ou déprécié, le créancier aurait le secours du supplément d'hypothèque, par application de cet art. 2131 auquel M. Troplong se réfère. (Voy. *suprà*, nos 552 et 557.)

d'une donation ayant pour objet d'affranchir de l'exercice de tout droit réel de la part du donataire, et particulièrement de l'hypothèque judiciaire que celui-ci pourrait un jour obtenir, certains immeubles appartenant soit au donateur, soit aux tiers chargés d'exécuter la libéralité (1). Seulement, la Cour de Paris, de qui l'arrêt émane, n'a pas tenu compte de l'état actuel des choses lorsqu'elle a dit, pour désintéresser l'ordre public au nom duquel on lui demandait la nullité de la clause, « que l'hypothèque judiciaire avait été instituée, suivant les motifs du Code Napoléon, parce que les jugements ont un caractère *qui ne permet pas de leur accorder moins d'effet qu'aux contrats authentiques.* » En ceci, l'arrêt s'exprime comme si nous étions encore sous l'empire des anciens principes ou même de ceux de la loi de brumaire an 7, sous lesquels, en effet, l'hypothèque judiciaire s'est introduite comme un corollaire obligé du point de doctrine qui faisait résulter l'hypothèque des actes authentiques (*suprà*, n° 568). Ce n'est plus le cas aujourd'hui, puisque l'hypothèque, qui ne résulte pas des actes authentiques, résulte encore des jugements auxquels elle a été attachée comme une garantie d'ordre public. La Cour de Paris, qui, à tort, donne ici des motifs indiquant le contraire, a dit en même temps que l'ordre public n'est point intéressé *à l'exercice plus ou moins étendu de l'hypothèque judiciaire.* Cela seul est exact, et cela suffisait dans l'espèce, où il s'agissait, non pas de la suppression, mais seulement de la réduction de l'hypothèque judiciaire.

603. L'action ne sera donc portée en justice que si la réduction n'est pas consentie à l'amiable. Mais à quelles conditions y pourra-t-elle être portée? Il faut, d'après le texte précis de la loi, qu'il s'agisse d'inscriptions prises par un créancier qui aurait le droit d'en prendre sur tous les biens présents et à venir du débiteur; donc, s'il s'agissait d'hypothèques conventionnelles, lesquelles sont nécessairement spéciales et constituées par un acte qui contient l'indication de la nature et de la situation de chacun des immeubles sur lesquels est consentie l'hypothèque de la créance (art. 2129), il n'y aurait pas lieu à former l'action; et notre article le dit positivement dans sa disposition finale. Ainsi, l'hypothèque conventionnelle porte-t-elle sur plusieurs immeubles, le débiteur dirait en vain que le payement de la créance est garanti en ce qu'il a laissé entre les mains d'un acquéreur somme plus que suffisante pour satisfaire son créancier; sa demande tendante à ce que l'inscription ne frappe plus sur d'autres immeubles n'en devrait pas moins être écartée (2).

Il faut ensuite que le droit du créancier de prendre inscription sur les biens présents et à venir du débiteur soit entier, et n'ait été limité par aucune convention; donc, s'il était intervenu, entre le débiteur et

(1) *Voy.* Paris, 3 juin 1856 (Dall., 57, 2, 63).

(2) *Voy.* Grenoble, 3 janv. 1825. — *Voy.* aussi Amiens, 24 mars 1824. — *Junge :* MM. Zachariæ (t. II, p. 185), Duranton (t. XX, n° 207, 208), Troplong (n° 749). — *Voy.* cependant Paris, 31 juill. 1813 et 20 avr. 1814. — *Junge :* MM. Merlin (*Rép.*, v° Rad. des hyp., n° 12), Grenier (t. I, n° 63), Battur (t. IV, n° 700).

le créancier, une convention d'après laquelle celui-ci aurait consenti à réduire ses inscriptions en les cantonnant sur tels ou tels immeubles, il n'y aurait pas lieu à l'action; et c'est ce qui résulte de ces expressions, *sans limitation convenue*, dont se sert notre article : ajoutons d'ailleurs que, dans ce cas, l'inscription a été spécialisée en quelque sorte par la convention, ce qui rend applicable la disposition finale de notre art. 2161 (voy. *suprà*, n° 556).

Il faut enfin que les inscriptions portent sur plus de *domaines différents* qu'il n'est nécessaire à la sûreté des créances; donc, si l'inscription ne portait que sur un seul *immeuble* (car le mot *domaine* dont se sert la loi est, d'après tous les auteurs (1), l'équivalent du mot *immeuble*), il n'y aurait pas lieu à former l'action, quelque important que fût cet immeuble, eu égard à la créance garantie.

604. Ces conditions sont-elles remplies, tout n'est pas dit encore. Il faut, pour que l'action soit accueillie, ou, en d'autres termes, pour que la réduction soit prononcée, qu'il y ait excès dans les inscriptions.

Mais quand y a-t-il excès? L'art. 2162 nous le dit en ces termes : « Sont réputées excessives les inscriptions qui frappent sur plusieurs domaines, lorsque la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux excède de plus d'un tiers en fonds libres le montant des créances en capital et accessoires légaux. » Ainsi, j'ai obtenu contre Paul un jugement qui le condamne à me payer une somme de 12,000 fr. Puis j'ai pris, en vertu du jugement, une inscription qui frappe tous les biens présents et à venir de mon débiteur. Mais Paul a deux immeubles, dont la valeur est pour le premier de 10,000 fr., et pour le second de 6,000 fr. Il m'assigne en réduction de mon inscription. Sa demande devra-t-elle être accueillie? Non; car les deux immeubles réunis valent bien 16,000 fr., ce qui équivaut au montant de ma créance de 12,000 et au tiers en plus. Mais mon inscription ne serait excessive qu'autant que la valeur des immeubles grevés de mon hypothèque excéderait *de plus* d'un tiers le montant de ma créance en capital et accessoires légaux. Or, ici, sans parler même des accessoires légaux de ma créance, mon inscription frappe des immeubles dont la valeur atteint, mais ne *dépasse pas* le tiers en sus du capital.

Ainsi encore, dans la même hypothèse, si les immeubles de Paul valaient chacun une somme de 10,000 fr., soit en tout 20,000 fr., l'action en réduction qu'il dirigerait contre moi devrait-elle être accueillie? Pas davantage. Ici, mon inscription frappe bien des immeubles dont la valeur réunie excède de plus d'un tiers ma créance de 12,000 fr. en capital et accessoires légaux; mais aucun de ces immeubles ne suffit à lui seul pour garantir ma créance. Or mon inscription ne peut pas être réduite de manière à ne frapper qu'un immeuble et puis une partie de l'autre; il faut, d'après le texte positif de la loi, *qu'un seul ou plusieurs immeubles* excèdent de plus d'un tiers le montant de ma créance, et que

(1) *Voy.* MM. Merlin (*Rép.*, v° Radiat. des hyp., n° 14), Delvincourt (t. III, p. 304), Persil (art. 2161, n° 7), Dalloz (v° Hyp., p. 435, n° 18), Zachariæ (t. II, p. 185, note 6), Duranton (t. XX, n° 209), Troplong (n° 770).

la réduction enlève à l'inscription des immeubles qui eux-mêmes resteront entièrement libres et affranchis entre les mains du débiteur.

605. Enfin, la loi ne s'en tient pas à fixer la proportion dans laquelle la valeur des immeubles doit excéder la créance garantie pour que la réduction soit prononcée; elle donne encore le mode de procéder à l'évaluation : c'est l'objet de l'art. 2165. Un moyen se présente naturellement à l'esprit : c'est l'expertise. La loi ne s'y arrête pas cependant; elle a considéré sans doute l'expertise comme un moyen dont l'emploi serait trop dispendieux (1), et elle en a mis d'autres à la place.

Ainsi les juges s'attacheront d'abord à établir le revenu des immeubles, et pour cela, ils consulteront, soit la matrice du rôle de la contribution foncière, soit la cote de contribution sur le rôle. Mais ces bases sont peu sûres. L'évaluation du revenu déclaré par la matrice du rôle est plus ou moins inexacte, la plupart des communes ayant procédé de manière à diminuer leur part d'impôts; et les indications du rôle de recouvrement, quoique moins fautives, sont défectueuses encore en ce qu'il s'en faut de beaucoup que la répartition des contributions procède rigoureusement d'après le véritable produit des fonds. C'est pourquoi l'art. 2165 ajoute que les juges pourront s'aider en outre des éclaircissements résultant des baux non suspects, des procès-verbaux d'estimation qui ont pu être dressés précédemment à des époques rapprochées, et autres actes semblables, et évaluer le revenu au taux moyen entre les résultats de ces divers renseignements. Le revenu ainsi établi, la valeur fixée judiciairement au fonds sera le produit du montant de ce revenu multiplié par quinze pour les immeubles non sujets à dépérissement, et par dix pour les immeubles sujets à dépérissement. Si ce produit excède de plus d'un tiers le montant des créances en capital et accessoires légaux, l'action en réduction formée par le débiteur devra être accueillie; elle sera rejetée dans le cas contraire.

---

(1) *Voy.* MM. Merlin (*loc. cit.*, § 18), Zachariæ (t. II, p. 186, note 8), Troplong (n° 774).

FIN DU TOME PREMIER.

TABLE

DES CHAPITRES, SECTIONS ET PARAGRAPHES

CONTENUS DANS LE TOME PREMIER.

FIN DE LA TABLE.

PARIS. — TYPOGRAPHIE DE J. BEST,
rue Saint-Maur-Saint-Germain, 15.

This book is a preservation photocopy.
It is made in compliance with copyright law
and produced on acid-free archival
60# book weight paper
which meets the requirements of
ANSI/NISO Z39.48-1992 (permanence of paper)

Preservation photocopying and binding
by
Acme Bookbinding
Charlestown, Massachusetts
1998

